



# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO: PERCURSOS PARA UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO<sup>1</sup>

CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE CROSSROADS OF JUDICIALIZATION AND ACTIVISM: THE PATHS FOR A NECESSARY DISTINCTION

*Rafael Tomaz de Oliveira<sup>2</sup>*

*Bruno Costa de Faria<sup>3</sup>*

*Cristiane Maria de Lima Curtolo*

*Leandro Teodoro*

*Michele Seixas Veludo*

*Joaquim Eduardo Pereira<sup>4</sup>*

## Resumo

Nos últimos anos o debate acerca do papel desempenhado pelos tribunais – notadamente no exercício daquilo que se convencionou a chamar *jurisdição constitucional* – na concretização dos direitos fundamentais foi, acentuadamente, acirrado. O tema transcendeu os muros das universidades, saiu do universo restrito das pesquisas científicas que polarizou o debate durante o final da década de 1990 e a primeira metade dos anos 2000, e desaguou nas páginas dos jornais e nos portais de notícias da *internet*. Nessa medida, cabe perguntar: de onde vem esse fenômeno que se insere, cada vez mais, em nosso espaço público de discussões? Em que ele está enraizado? É algo recente? Se não, porque demoramos tanto para sentir os seus efeitos?

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Ativismo judicial. Diferenças.

## Abstract

In recent years the debate about the role played by the courts - notably in the exercise of what is conventionally called constitutional jurisdiction – in the realization of fundamental rights was markedly strained. The theme transcended the walls of universities, left the restricted universe of scientific research that has polarized the debate during the late 1990s and the first half of the 2000s, and flowed in the newspapers and on the internet news portals. To that extent, we must ask: where does this phenomenon which it operates, increasingly, in our discussions of public space? In which it is rooted? Is it something recent? If not, why took so long to feel its effects?

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction. Judicial activism. Differences.

<sup>1</sup> Artigo apresentado à ABDCConst como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011.

<sup>2</sup> Coordenador.

<sup>3</sup> Pesquisadores.

<sup>4</sup> Monitor.



**Sumário:** *Introdução. 1. O fenômeno da judicialização (do social e do político) e sua inexorabilidade contingencial. 1.1. Constitucionalismo dirigente. 1.2. Inflação legislativa. 1.3. Razões sociais – a degeneração da política e a constituição de um perigoso imaginário. 2. Ativismo judicial: as vicissitudes de um conceito. 2.1. Ativismo judicial na experiência estadunidense. 2.2. Experiência alemã. 2.3. Ativismo judicial à brasileira. 2.3.1. Interpretação da constituição ou hermenêutica constitucional?. 2.3.2. Especificidades do caso brasileiro – interpretação da Constituição e ativismo judicial. Considerações finais. Referências.*

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o debate acerca do papel desempenhado pelos tribunais – notadamente no exercício daquilo que se convencionou a chamar *jurisdição constitucional*<sup>5</sup> – na concretização dos direitos fundamentais foi, acentuadamente, acirrado. O tema transcendeu os muros das universidades, saiu do universo restrito das pesquisas científicas que polarizou o debate durante o final da década de 1990 e a primeira metade dos anos 2000, e desaguou nas páginas dos jornais e nos portais de notícias da *internet*. No contexto atual, já não nos causa surpresa quando nos depararmos, durante uma simples leitura de jornal, com uma notícia que dê conta de alguma intervenção do judiciário no âmbito da política, da sociedade e, até mesmo, da ciência (v.g. ADI n. 3510). Um fato interessante pode ilustrar essa afirmação. No dia 25.04.2011 o jornal Folha de S. Paulo, no caderno “Poder”, divulgou a seguinte nota: “STF julga a quem pertence vaga de suplente”. Trata-se, no caso, da resolução de imbróglio jurídico para o preenchimento de 24 vagas de suplentes para a Câmara dos Deputados. Segundo a notícia, a resolução do problema dependerá de decisão do STF na qual se discutirá se as vagas pertencem às coligações ou aos partidos. Frise-se: algo que depende do cumprimento regular

---

<sup>5</sup> Importante salientar que o termo *jurisdição constitucional* tem um sentido decisivo naqueles países que, adotando a fórmula de Tribunais Constitucionais *ad hoc*, possuem um órgão especializado para se pronunciar sobre questões envolvendo a constitucionalidade das leis e demais matérias determinadas pela própria constituição. Dessa maneira, se diferencia a *jurisdição ordinária* (comum) da *jurisdição constitucional*, que aparece como uma espécie de jurisdição especializada. No Brasil, essa significação perde densidade, na medida em que nos ordenamos por um sistema misto de controle da constitucionalidade no qual convivem o modelo difuso, baseado na *judicial review* estadunidense e o modelo concentrado, de inspiração continental. Ademais, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ter competência para julgar, de forma concentrada, a constitucionalidade das leis, tal qual um Tribunal Constitucional europeu, não se pode dizer que vivenciamos um modelo de jurisdição constitucional *stricto sensu*. Cf. Streck, 2004.



das eleições e do escrutínio popular para ter sua composição configurada (no caso, as vagas da Câmara dos Deputados) acaba por ser discutida no âmbito da nossa Corte Constitucional numa discussão que envolve a interpretação adequada do sistema político-eleitoral previsto pela Constituição, bem como o cumprimento dos direitos políticos daqueles que foram eleitos, em condições de normalidade, no pleito democrático.

Não é preciso muito esforço para perceber que, num caso como esse, a discussão – por sua íntima natureza, política – acabou por ser judicializada. E não é apenas em casos envolvendo o processo político que acontece a judicialização de matérias classicamente tidas como exteriores à esfera de atuação do Poder Judiciário. No julgamento da citada ADI n. 3510, por exemplo, o tribunal foi chamado a atuar num campo no interior do qual se discutiam as “verdades da ciência” sobre a vida e a pesquisa biológica. Discutia-se a constitucionalidade do dispositivo da Lei n. 11.105/2005 que permitia, em seu art. 5º, a possibilidade, para fins terapêuticos e de pesquisa, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas através de fertilização *in vitro*. A afronta à Constituição estava balizada no potencial desrespeito à garantia constitucional do direito à vida (art. 5º, *Caput*) e, nos diversos votos, os ministros da Corte discutiram o conceito de vida; quando ela se inicia; qual o estatuto jurídico do embrião (se deve ou não ser protegido pelo direito, etc.), entre outras coisas. De forma solene, por ocasião do julgamento desta mesma ação, o Min. Carlos Aires Britto afirmou que o STF havia se tornado uma “casa de fazer destinos”. Neste caso, o debate acerca das “verdades da ciência” (houve, inclusive, quem ressuscitasse o debate medieval ciência v.s. religião) e das (in)certezas a respeito das pesquisas científicas, judicializou-se.

E os exemplos sobre esse universo de questões que, no atual contexto, tornaram-se judicializáveis se multiplicam: questões caras para as relações sociais no Brasil contemporâneo como os casos da ADPF 153 que colocou sob julgamento a lei de Anistia no que tange à apuração e à persecução dos crimes comuns praticados por agentes do governo militar; a definição de regras para demarcação de terras indígenas, como no conhecido “caso Raposa Serra do Sol”, também se judicializaram. A listagem de casos certamente continuaria com outros, de igual projeção e importância.



Nessa medida, cabe perguntar: de onde vem esse fenômeno que se insere, cada vez mais, em nosso espaço público de discussões? Em que ele está enraizado? É algo recente? Se não, porque demoramos tanto para sentir os seus efeitos?

Na verdade o fenômeno da judicialização da política, das relações sociais ou ainda, como querem alguns autores, da vida, já faz parte do âmbito de interesse de pesquisadores dos mais variados campos das ciências sociais. Cientistas políticos, sociólogos e juristas discutem – há décadas – as causas e os contornos deste fenômeno.

Há uma variedade imensa de obras sobre o assunto<sup>6</sup>. Entre nós, o grupo de pesquisadores liderados pelo sociólogo Luiz Werneck Vianna, pode reivindicar para si o pioneirismo no enfrentamento da matéria tendo como objeto de pesquisa a jurisprudência do STF<sup>7</sup>. No entanto, obra desses pesquisadores brasileiros não partiu de um “grau zero”, mas, sim de um impulso promovido por vários autores que enraizaram seus estudos em outras realidades nacionais. Jürgen Habermas, Antoine Garapon, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Laurence Tribe, John Hart Ely entre outros, fazem parte do rol de autores que proporcionaram o solo teórico das pesquisas efetuadas pelo grupo de Werneck Vianna.

Com efeito, o livro *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil* traz no início uma acalentada introdução que procura reunir – a partir de dois

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, é importante mencionar as seguintes obras: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995; SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002; HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Há também textos traduzidos para o português e publicados recentemente na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/ago. 2009, p. 139-175; numa outra perspectiva, mas apontando também para a incisividade do poder judiciário na condução da vida política Cf. DAHL, Robert A. Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 252, set./dez. 2009, p. 25-43.

<sup>7</sup> Cf. VIANNA et al. (1999). Os estudos foram ampliados e repercutem também em outra obra, cuja organização é assinada por Luiz Werneck Vianna intitulada **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Luiz Werneck Vianna (org.). (2002).



eixos temáticos, nomeados pelos autores *substancialismo* e *procedimentalismo*<sup>8</sup> – as mais diversas posturas dos mais variados autores a respeito do problema envolvendo o papel dos tribunais no momento da interpretação da Constituição, principalmente nos casos que envolvem a concretização de direitos fundamentais.

No entanto, como a ênfase da obra é dirigida ao problema da judicialização, acabou-se por tratar de maneira obliqua outro fenômeno que possui uma proximidade enorme com a temática: o ativismo judicial. Evidentemente que esse fator não pode ser debitado como um demérito da obra de Werneck Vianna. Porém, é notório que durante muito tempo o pensamento jurídico-social brasileiro acabou por não dar tratamento crítico a essa questão. Isso acarretou, nalguns casos, que se confundisse ativismo com judicialização e vice-versa. Muitos autores chegaram a associar, por exemplo, a defesa de uma postura substancial dos tribunais na interpretação dos direitos fundamentais como uma profissão de fé no ativismo judicial (substancialismo, nessa perspectiva, passou a ser tratado como sinônimo de ativismo). Esse fator é extremamente intrigante na medida em que, autores que historicamente defendem essa postura substancial, como é o caso de Dworkin e Ferrajoli, formulam inúmeras restrições a atuações ativistas por parte do Poder Judiciário.

Todas essas questões, somadas à grande repercussão que temos hoje no Brasil sobre situações envolvendo a judicialização da política e o ativismo judicial,

---

<sup>8</sup> A dicotomia *procedimentalismo* v.s. *substancialismo* vem explicada da seguinte maneira por Lenio Streck (2011, p. 52): “a grande diferença de cada um destes aportes teóricos está no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem direitos fundamentais. As posturas *procedimentalistas* não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das ‘regras do jogo’ democrático; já as posturas *substancialistas* reconhecem o papel concretizador e veem o judiciário como um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento das democracias contemporâneas”. Esclarecendo melhor o significado das posturas *substancialistas* ou autor destaca que sua adoção “não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta *como* concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais”. Não faz parte das intenções deste trabalho aprofundar-se nas questões que emergem desta classificação. Apenas a título ilustrativo, é importante referir que autores como Jürgen Habermas, Antoine Garapon e John Hart Ely são apresentados como *procedimentalistas*, ao passo que Ronald Dworkin, Laurence Tribe e Luigi Ferrajoli seriam representantes do *substancialismo*. Como toda dicotomia, também essa é imperfeita e apresenta falhas. De todo modo, a distinção é ilustrativa e consegue apresentar o modo como o problema do excesso de judicialização vem sendo discutido nas democracias contemporâneas.



nos levaram a pesquisar um modo adequado que pudesse oferecer uma distinção clara a respeito destes dois fenômenos. Em artigo recente, Luís Roberto Barroso procura encontrar um modo de diferenciá-los. De forma correta, o autor posiciona o fenômeno da judicialização no contexto do modelo constitucional adotado em 1988 e de uma série de questões que daí se seguiram. Todavia, no momento em que esboça sua definição do que seja o ativismo judicial, Barroso fórmula uma afirmação que pode comprometer seu empreendimento de pesquisa. Afirma o constitucionalista que “judicialização e ativismo são primos” e “provenientes da mesma família”, embora reconheça que a judicialização e o ativismo não possuem a mesma origem. A pesquisa que efetuamos e que estamos apresentando nesta introdução nos permite afirmar, contudo, que não há uma relação de parentesco entre ativismo e judicialização, do modo como quer Barroso. Efetivamente, as origens dos fenômenos são distintas. Mas não se trata apenas disso: os contornos de cada um – sua “carga genética”, por assim dizer – demonstram que cada um dos fenômenos participam de famílias diferentes.

Antecipando nossa conclusão: enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante; a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional.

Esse ponto será esclarecido e demonstrado no decorrer do texto. Cabe-nos, agora, explicar como procederemos a esse esclarecimento e a essa demonstração.

Num primeiro momento, é importante ter presente que a diferença entre ativismo e judicialização não se dá apenas por uma questão de “natureza”. Há também um problema de corte teórico: a judicialização é um fenômeno político, gerado pelas democracias contemporâneas; ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um capítulo da teoria do direito (e da Constituição). É inútil procurar respostas ao problema do ativismo judicial em especulações sociológicas e/ou



políticas porque seu ponto nevrálgico está situado dentro do próprio “sistema jurídico” e seu fio condutor é a questão da interpretação da Constituição. Já a judicialização é um fenômeno eminentemente político, contingencial, que tende a se agigantar e a diminuir na medida em que cresce ou diminui a conflituosidade da sociedade; o cumprimento pelos poderes constituídos dos direitos fundamentais; o número de regulamentações existentes, etc..

Nesse sentido, o artigo está organizado em duas partes: na primeira enfrentaremos o problema da judicialização e procuraremos apontar para os contornos que ela recebe no nosso contexto atual; na segunda parte, apresentaremos o problema do ativismo como um problema de interpretação da Constituição. Por um lado será demonstrado que a judicialização representa um fator de legitimação do judiciário perante a sociedade, ao passo que o ativismo deslegitima a ação do judiciário, colocando em risco a sobrevivência democrática das instituições.

## **1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO (DO SOCIAL E DO POLÍTICO) E SUA INEXORABILIDADE CONTINGENCIAL**

Essa tendência judicializante que se verifica nas sociedades atuais é típica das democracias de massa e tem seu paroxismo apresentado no contexto atual. Sua manifestação não obedece, diretamente, aos desejos do órgão judicante. Pelo contrário, ela se apresenta como fruto de contingências político-sociais. No âmbito político, fenômenos como o *dirigismo constitucional* e a *inflação legislativa* contribuem para aumentar o espaço de interferência (possível) do judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto da Constituição e do manancial legislativo, *lato senso* (Leis, Medidas Provisórias, Regulamentos, Portarias, etc.). Vale dizer, com Lenio Streck, há um aumento da dimensão hermenêutica do direito: quanto mais direitos são constitucionalizados ou mais leis são editadas para regulamentar toda uma plêiade de matérias, maior será o espaço – possível – de concreção dessa normatividade, atividade que se realiza no âmbito da jurisdição, no enfrentamento das questões concretas e das demandas apresentadas pela sociedade.



Por outro lado, as *razões sociais* para a aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se ao *aumento da litigiosidade* e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, na maioria dos países (pelo menos no que tange aos países ocidentais). Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (legislativo e executivo). Muitos fatores contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos (que cada vez mais aparecem como protagonistas de casos de corrupção), passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, “o juiz (melhor seria dizer: o judiciário – acrescentamos) passa a ser uma referência da ação política” (GARAPON, 1998, p. 41).

Esse último fator anotado repercute no nível da cultura, produzindo um interessante fenômeno de transformação de algo que se pode chamar de “semântica da política”, vale dizer, novamente com Antoine Garapon, a judicialização passa a oferecer para a democracia um “novo vocabulário: *imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação*, etc. O juiz – e a constelação de representações que gravitam à sua volta – confere à democracia as imagens capazes de dar forma a uma nova ética da deliberação coletiva” (GARAPON, 1998, p. 42).

De todo modo, é importante passar – ainda que brevemente – em revista às questões acima afirmadas na perspectiva de solidificar uma definição mais precisa do fenômeno da judicialização.

## 1.1 Constitucionalismo dirigente

*Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições...!* Assim proclamou Paulo Bonavides – um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros – o advento de um novo tipo de experiência constitucional vivenciada pela Europa continental a





partir do fim da Segunda Guerra Mundial<sup>9</sup>. De um modo muito similar, Jorge Miranda indicou esse novo modelo de constitucionalismo como um tipo de “revolução” no âmbito da teoria do direito e da dogmática jurídica, similar àquela propiciada por Copérnico quando ofereceu uma alternativa científica ao modelo astronômico de Ptolomeu: tal como a terra cedeu lugar ao sol como o centro de nosso sistema planetário, os Códigos cederam lugar às Constituições como o centro do sistema jurídico. Falava, então, o professor português de uma “revolução copernicana” do direito público<sup>10</sup>. Ambos os autores atestavam o fato de que, a partir da segunda metade do século XX, as Constituições deixaram para trás sua tradicional concepção que atribuía a ela a estrita função de realizar a conformação política do Estado, estabelecendo um procedimento para produção legislativa e dos demais atos do Poder público, tornando-se *juridicamente* vinculante, passando a prever um rol de direitos fundamentais que determinavam os conteúdos desta mesma produção normativa. Vale dizer – na formula consagrada por Konrad Hesse –, as Constituições do Segundo Pós-Guerra, mais do que simples “folhas de papel”, como queria Ferdinand Lassalle, possuem *Força Normativa*, vinculando diretamente as relações entre sociedade e Estado (HESSE, 1991).

Porém, se não é possível dizer que essa descrição está errada, por outro lado, é correto afirmar que ela encerra uma meia verdade: descreve o ambiente vivenciado pela Europa Continental (principalmente no que tange a países como Itália, Alemanha, Espanha e Portugal), mas deixa de mencionar – para não dizer que exclui – a experiência do constitucionalismo estadunidense, que convive com um constitucionalismo jurídico (portanto, com uma concepção normativa de Constituição) desde o célebre Aresto de Marshall, em 1803, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*. Ademais, também a discussão sobre a interpretação judicial dos chamados “direitos abstratos” aparece como pauta constante da doutrina constitucional estadunidense desde o século XIX<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre o assunto, Cf. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004. Essa questão aparece descrita desta maneira também em Tomaz de Oliveira, 2011, Inédito e no prelo.

<sup>10</sup> A expressão de Jorge Miranda é mencionada em Streck, 2004, p. 216 e ss.

<sup>11</sup> De fato, é importante considerar que – embora existam elementos tipológicos que podem ser encontrados nas mais variadas experiências constitucionais – o constitucionalismo é um movimento multifacetado que tem raízes profundas nas experiências culturais de cada povo. No



De toda sorte, é certo que a experiência constitucional vivenciada por diversos países da Europa continental nos anos que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial representou uma novidade para teoria jurídica predominante até então.

Nessa toada, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é tratada como uma constituição dirigente por que traz consigo uma preocupação que vai muito além da manutenção do *status quo* ou da mera organização estatal<sup>12</sup>. Muito acima disso, a nossa constituição vigente visa ter, em si e por si mesma, uma capacidade de fomentar a transformação social, de modo que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado<sup>13</sup> e pela sociedade, além de vincular o legislador ordinário à realização de políticas públicas que (não só, mas além de tudo) contribuam – direta ou indiretamente – para a redução gradativa das mazelas sociais presentes no Brasil contemporâneo.

---

caso retratado no texto, é nítido que, enquanto a Europa explorava o significado político das estratégias de limitação de poder, nos EUA, houve um acentuado grau de juridicidade na construção de seu movimento constitucional. Tanto isso é assim que a absoluta maioria da literatura americana sobre história das instituições jurídicas, direito constitucional e *judicial review* relata experiência e debates que problematizavam a interpretação de direitos fundamentais – chamados por lá de “direitos abstratos” – já no século XIX. Com efeito, de lá para cá, o constitucionalismo estadunidense produziu uma considerável bibliografia sobre como foram julgados esses casos em que se discutia a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que hoje o foco de análise se dá em torno da delimitação das experiências ativistas da Suprema Corte ao longo da história, bem como na identificação da construção de argumentos de limitação do poder de revisão da corte, conhecido como *judicial self-restraint*. É isso que está indicado no texto de Christopher Wolfe: **The rise of modern judicial review**. From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. Para uma identificação precisa do caráter jurídico do constitucionalismo norte-americano, também Cf. MURPHY, Walter F. *Judicial Supremacy*. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990, p. 54-7. Igualmente importante é o trabalho de TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. Numa posição distinta sobre o papel do judiciário na realização da interpretação da constituição, ver: ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 2002. Em todas as obras citadas, há um número significativo de referências a casos julgados pela Suprema Corte, nos quais a interpretação da constituição implicava a aplicação direta de direitos fundamentais (para o bem e para o mal). Independentemente, o fato é que – em última análise – os autores acima citados corroboram a afirmação de que o problema da força normativa da Constituição se apresenta no contexto estadunidense desde a afirmação da *judicial review*.

<sup>12</sup> Como é o caso da “Constituição Garantia”, que segundo Gilberto Bercovici, “não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo, não com o procedimento das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável”. (BERCOVICI, 1999).

<sup>13</sup> O que é claramente perceptível a partir da leitura do Art. 3º da CF/88.



A promulgação de nossa constituição vigente se deu em um período histórico que conhecemos por “Redemocratização”. Os mais de vinte anos de experiência ditatorial vividos pela sociedade brasileira antes da promulgação da carta de 88 gerou um verdadeiro clamor social pelos ideais de igualdade, liberdade e justiça, e assim como ocorreu em Portugal (1976) e Espanha (1978)<sup>14</sup> – países que também passaram por experiências ditatoriais – buscou-se a configuração de um Estado democrático de Direito.

Diante de tal contexto, o Estado democrático de Direito não só é o *locus* privilegiado para o “acontecimento” da Constituição dirigente, como é seu correlato necessário. A Constituição dirigente é o fundamento de legitimação política do Estado democrático de Direito, garantindo força normativa a seus elementos e princípios - além dos direitos fundamentais individuais e sociais – conferindo-lhes caráter vinculante (político e juridicamente) e estabelecendo mecanismos de reinvidicação pela efetivação desses elementos normativos via poder judiciário, através de um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade<sup>15</sup>.

A partir disso, várias questões que anteriormente eram discutidas apenas no campo político, tornaram-se passíveis de intervenção judicial. Tal fato ampliou a esfera de atuação do poder judiciário e trouxe um aumento significativo dos limites da discricionariedade do legislador ordinário, agora vinculado aos objetivos dos programas constitucionais e também aos limites impostos pelos próprios direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup> É importante ressaltar aqui, que as Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978) exerceram uma forte e determinante influência na Constituição Brasileira promulgada em 1988. Além do caráter dirigente e compromissório destas constituições europeias, cumpre-nos salientar o momento sócio-político por que passavam esses países. Mesmo a constituição brasileira tendo sido promulgada uma década mais tarde das constituições portuguesa e espanhola, o momento político de todos os países era parecido. Portugal e Espanha, na segunda metade dos anos 1970 buscavam uma( re)construção dos ideais democráticos bem como assegurar os direitos fundamentais perdidos após anos de governos ditatoriais (situação bem próxima à brasileira da segunda metade dos anos 1980). A Constituição Dirigente veio, portanto, como uma forma de minimizar os efeitos trágicos destes regimes ditatoriais atuando como uma forma de garantir o Estado democrático de Direito e, gradativamente, impulsionar o desenvolvimento social.

<sup>15</sup> Há que se agregar, ainda, que as questões que derivam desse conjunto teórico, tornam-se ainda mais complexas diante da “Força Normativa da Constituição” (HESSE), em países que antes do segundo pós-guerra, concentravam no Direito Privado o ponto nuclear de todo o seu ordenamento jurídico.



A principal consequência percebida nesse diapasão foi o aumento (ou acúmulo) das funções institucionais do poder judiciário. A nossa constituição dirigente de 1988, além de aumentar essa demanda por (novos) direitos, estabeleceu um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade, que compreende tanto a tradição norte-americana (controle difuso/concreto) quanto a europeia (controle concentrado/abstrato) de modo que o segundo modelo, cuja jurisdição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, tem levado esse órgão – por meio de seus procedimentos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção) – a desempenhar uma função autoritária, carregando consigo a última palavra nas questões de interpretação constitucional.

A judicialização da política, consequente da nossa constituição dirigente e das suas aspirações pela transformação social, a fim de abrigar um Estado novo, além de diminuir a autoridade do poder legislativo – que agora fica submetido ao crivo da jurisdição constitucional – muitas vezes acaba por engendrar equívocos do poder judiciário, que corroem o Estado democrático de Direito e seus princípios fundamentais.

## 1.2 Inflação legislativa<sup>16</sup>

Mas esse caráter hermenêutico do direito provocado pelo dirigismo das Constituições do segundo pós-guerra destacado por Streck não deixa de comportar também o problema da inflação legislativa. Como a própria denominação sugere, inflação legislativa significa um aumento na atividade legislativa de todo aparelho burocrático estatal. Com efeito, todas as esferas do direito e as tradicionais disciplinas jurídicas passam por um momento de profundas transformações devido ao acontecimento de radicais mudanças em seus conteúdos estritamente legislativos. Aquilo que antes – ao menos no âmbito dos países europeus – era amplamente discutido nos níveis políticos antes de ser incorporado como matéria legislativa, passa a ser rapidamente aprovado pelos congressos e parlamentos no

---

<sup>16</sup> Essa questão, sob outra perspectiva e intencionalidade, encontra-se igualmente explorada em Tomaz de Oliveira, 2008.



intuito de remediar situações concretas e imediatas que apontam para a exaustão do sistema ou para sua insuficiência diante de uma determinada realidade. No âmbito do direito penal e processual penal, fala-se em expansão das leis penais e no surgimento de um direito penal simbólico correlato. Isso porque, a insuficiência dos meios estatais para conter os problemas advindos da violência e da criminalidade são argumentos pressupostos para uma intensa atividade legislativa no sentido da construção de tipos penais voltados para proteção de bens jurídicos que escapam ao núcleo daqueles bens classicamente aparados pela tutela penal. Assim se segue um avanço de um processo criminalizador em relação a um grande número de condutas para cumprir apenas um efeito meramente “simbólico”<sup>17</sup>. Já no âmbito do direito processual civil, também assistimos – máxime no Brasil – a um crescimento, que vem tomando forma pelo menos desde 1994, de micro reformas realizadas sob o pretexto de atingir clinicamente os efeitos da crise processual que afeta o poder judiciário. Procedimentos mais céleres são criados, medidas antecipatórias do mérito são implementadas como que a contrabando no sistema do Código de 1973, entre outros fatores de igual ou maior importância. De qualquer modo, não é nossa tarefa avaliar os acertos ou os erros deste tipo de política legislativa. Nos interessa apontar para o acontecimento que faz com que a completude e sistematicidade (ou o ideal de completude, sinteticidade e sistematicidade) que se encontravam expressas nos Códigos, passe a ceder lugar a um processo fragmentário de produção legislativa a partir da edição de leis pontuais que visam remediar uma situação específica. Mesmo a Constituição não escapa desse processo de retalhação, e a cada ano se observa a realização de reformas via Emendas Constitucionais, sempre tendo como pano de fundo uma instabilidade institucional específica, cuja solução se encontra na reforma da Constituição<sup>18</sup>. Tais reformas se expandiram de tal forma que acabaram

---

<sup>17</sup> Neste sentido Cf. Meliá, 2007, p. 17-26.

<sup>18</sup> Para corroborar essa afirmação, basta recordar o problema do limite dos juros anuais, instituídos no art. 192, § 2º da Constituição e que foi revogado pela Emenda Constitucional 40/2003, para que as taxas de juros pudessem ser flutuantes e reguladas de acordo com o mercado; O efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal, instituído pela Emenda Constitucional 45/2004 em seu art. 103-A, que contribui significativamente para a crise paradigmática enfrentada pelo direito brasileiro, entre outras tantas reformas, uma vez que o número de emendas Constitucionais já passa dos 60, em pouco mais de 22 anos de Constituição. (Quanto ao problema das Súmulas e sua repercussão na crise do direito brasileiro: Cf. STRECK, 2006, p. 213-237).



por criar quase que um outro texto, paralelo àquele promulgado em 1988<sup>19</sup>. Mesmo no âmbito do direito privado o fenômeno da inflação legislativa é inexorável. O chamado “Novo Código Civil”, promulgado em 2001, já sofreu até o corrente ano quatorze micro-reformas e outras tantas aguardam para entrar na pauta de votação da câmara dos deputados.

Mas não é apenas a atividade legislativa que contribui para o problema da inflação de leis. Embora tecnicamente o termo “lei” designe um documento emanado do Poder Legislativo, há outros setores estatais que produzem atos que, a despeito de não se revestirem da *forma da lei*, são dotados de *força de lei*. Obviamente, a Medida Provisória é o exemplo mais evidente deste tipo de atividade “legislativa”. Em todo caso, é certo que o crescimento de expedientes normativos dos mais diversos tipos no âmbito da legislação e da administração pública coloca em cheque o vetusto princípio da legalidade. Trata-se de um fenômeno corrosivo para a tradição continental, visto que essa proliferação da atividade legiferante, excedendo inclusive os limites do Poder Legislativo, tornam deficientes os clássicos postulados sob os quais está assentado o sistema jurídico romano-germânico.

Em primeiro lugar, os *Códigos* – que no interior do projeto moderno deveriam revestir-se de uma completude sistemática – passam a perder a centralidade da regulação social, e o principal expediente regulatório se dá por meio de leis fragmentadas e setoriais, o que favorece, num âmbito político, o

---

<sup>19</sup> No que tange especificamente à constante expansão legislativa sobre o texto constitucional, Paulo Bonavides assevera que estamos vivendo um novo período de crise constituinte em face do descrédito a que são submetidas a regras constitucionais tendo em vista a postura dos poderes da república. Este descrédito, que gera uma baixa densidade normativa do texto constitucional, propicia aos manipuladores do poder central a possibilidade de, à socapa das instituições democráticas, implementar um golpe de Estado que vive permeado de legitimidade, derrocando o País a uma situação de *neocolonialismo*, em que o colonizador é o capital estrangeiro (globalizador). No pontificado do mestre “o golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de *medidas provisórias*, *privatizações*, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, *favorecimento escandaloso da casta de banqueiros*, desemprego, *desmoralização da classe média*, *minada desde as bases*, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, a *receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador*, até a perda total de identidade nacional e a redução do País ao *status* de colônia, numa marcha sem retorno” (BONAVIDES, 2004, p. 23).



fortalecimento de grupos de pressão e de lobistas; por outro lado, o *caráter genérico e abstrato da legislação*, gradativamente, cede lugar às *leis-medida*, destinadas a remediar uma situação concreta específica<sup>20</sup>, no mais das vezes vinculadas a interesses particulares, tornando promíscua a relação entre o público e o privado. Desse modo, a lei acaba se tornando o lugar onde se realizam pequenas reformas, efetuadas como que a conta-gotas, que ventilam, no mais das vezes, interesses particulares de determinados setores da sociedade<sup>21</sup>.

Assim, não apenas a impossibilidade do legislativo prever todas as hipóteses de aplicação da lei, que já se apresentava como problema desde o início da codificação, mas também a impossibilidade de o juiz conhecer todo o aparato legislativo – e proto-legislativo, como no caso das Medidas Provisórias brasileiras – no momento da decisão judicial, torna-se um problema que a teoria jurídica precisa resolver. Neste contexto, os princípios jurídicos e as chamadas cláusulas gerais são chamados a remediar a situação que se instala diante desse caótico quadro apresentado pela legislação e pelas demandas sociais que são levadas aos montes para apreciação do Poder Judiciário. Isso representa, para alguns, o comprometimento total da garantia da *segurança jurídica* que, segundo eles, seria

---

<sup>20</sup> A expressão “leis-medida” é de Garcia Herrera Cf. GARCIA HERRERA, Miguel Angel. Poder Judicial y Estado social: Legalidad y Resistencia Constitucional. In: **Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción**. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996, p. 72 e segs. Garcia Herrera afirma ainda que: “la complejidad social y la proliferación de nuevas situaciones y necesidades provocan la obsolescencia de las técnicas jurídicas clásicas y el progresivo avance de la indeterminación y deslizamiento de la decisión. La renuncia a la definición es acompañada por el reconocimiento de la voluntad conformadora de las instancias administrativas, desarrollada en un marco de enunciados generales, principios y cláusulas generales”.

<sup>21</sup> Isso causa efeitos drásticos nas estruturas complexas dos países periféricos, entre eles o Brasil. Neste sentido, Marcelo Neves denuncia um histórico bloqueio realizado por interesses particulares que impede a formação no Brasil de um espaço público de constitucionalidade e legalidade. Para este autor, o velho mito de que no Brasil o Estado é forte e a sociedade se encontra a mercê deste impiedoso Leviatã precisa ser desconstruído. Na verdade, há uma fragilidade do Estado perante as pressões de uma sociedade desestruturada que acaba por colonizá-lo. Cf. Neves, 2006, p. 244 e ss. Ainda neste sentido Bercovici, 2004, p. 263-290. Colocando em um outro contexto – o do direito penal – mas apontando também para o equívoco da cisão entre sociedade e Estado, Lenio Streck assevera: “Para eles o Estado é necessariamente mau, opressor, e o direito (penal) teria a função de ‘proteger’ o indivíduo dessa opressão. Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continuam a falar na figura mítica do *Leviatã*, *represtinando – para mim de forma equivocada – a antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic)*” (STRECK, 2004, p. 309).



sanada mediante a edição de leis mais precisas e em menor quantidade, além da necessária minoração do uso da técnica das cláusulas gerais nos textos legislativos<sup>22</sup>. Claro que nesse caso se está ainda a confundir a ideia de segurança com a de previsibilidade. Não é necessário que o legislativo dê conta de todas as minúcias que a vida social nos impinge no dia-a-dia. Aliás, é exatamente por seguir um rumo de hiper-legislação, inflando as matérias a serem “normatizadas” que abastece o fenômeno da judicialização, o que provoca, no mais das vezes, efeitos deletérios.

### **1.3 Razões sociais – a degeneração da política e a Constituição de um perigoso imaginário**

Garapon afirma – na linha desse crescimento da regulamentação, da chamada dimensão hermenêutica do direito – que a excessiva judicialização de matérias que, tradicionalmente, ficavam fora da esfera de atuação do Poder Judiciário, contribui para a formação de uma nova linguagem e de um novo modo de ser do político. A linguagem se modifica na medida em que termos próprios do campo jurídico passam a figurar, regularmente, no âmbito das discussões políticas (veja-se, por exemplo, o caso recente do julgamento do RE 633703-MG que suscitou nos meios de imprensa da grande mídia um debate em torno de termos como “restrição de direitos fundamentais”, “princípio da anterioridade das leis eleitorais”, entre outros). Por outro lado, há uma modificação no modo de ser social, na medida em que a dimensão coletiva do político – de aprovação de projetos legislativos que dependem do engajamento e mobilização de várias forças sociais – passa a ser diluída num debate individualizante, próprio do ambiente judicial.

O autor francês identifica, nesse tipo de manifestação social, um tipo degenerado de democracia que tende a se legitimar a partir da perspectiva de que a possibilidade de o próprio indivíduo poder buscar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses juridicamente protegidos representaria um tipo de democracia direta (que, pretensamente, estaria livre dos desvios éticos a que está sujeito o processo político baseado no tradicional modelo representativo de democracia). Nas palavras

---

<sup>22</sup> Por todos Cf. Theodoro Júnior, 2006, p. 29.





de Garapon: “o debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação” (GARAPON, 1998, p. 46).

Tendo em vista o caso especificamente francês – que, vale lembrar, ao contrário da tradição anglo-saxã, sempre tratou com desconfiança o Poder Judiciário – Garapon sintetiza esse movimento judicializador da seguinte forma:

A jurisdição é, doravante, um modo normal de governo. A exceção torna-se a regra, e o processo de resolução de um conflito torna-se o modo comum de gestão de setores inteiros como o da família e o da imigração. Enquanto, antes, a concebíamos de forma negativa e punitiva, a justiça torna-se, progressivamente, positiva e construtiva. Enquanto, outrora, a instituição judiciária revelava algum atraso relativamente aos costumes, doravante, é portadora das esperanças da mudança. (...) O direito contemporâneo, actualmente fora da alçada do Estado, continua a ser excessivo em relação àquilo que está estipulado, e a justiça, nomeadamente a justiça constitucional, surge como o espaço de decisão permanente entre o ideal do querer viver em conjunto e a dificuldade da acção política (GARAPON, 1998, p. 47-48).

Por todas essas questões que levantamos nas linhas anteriores, fica evidenciado que a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário. A judicialização, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passou os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático. Ademais, há fatores políticos que condicionam o grau de judicialização vivenciado por uma dada sociedade. Dentre esses fatores, podemos mencionar: *a)* o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais (núcleo compromissório da Constituição); *b)* o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; *c)* o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade. Na medida em que aumentam os indicadores de inefetividade dos Direitos Fundamentais, os índices de produção legislativa, e da litigiosidade social, também aumentará o nível de judicialização (daí que, no título deste tópico, tenhamos falado de uma paradoxal “inexorabilidade contingencial”: por um lado a judicialização é inexorável, produto do próprio modelo político vivenciado contemporaneamente; por outro, ela é contingencial, na medida em que terá níveis variados de acordo com a articulação dos fatores mencionados no texto).



Já o ativismo possui uma raiz completamente diversa. Isso é importante porque, os remédios para contralar uma ou outra patologia serão completamente distintos, porque as causas dos fenômenos são, elas mesmas, absolutamente distintas: a judicialização não representa um *mal in se*. Ela pode se tornar inconveniente quando encontrada em níveis elevados, mas se mostra necessária em vários âmbitos que caracterizam a sociedade contemporânea. As relações de consumo; a preservação do meio ambiente; as questões envolvendo direitos sociais, etc., são questões que merecem ser discutidas judicialmente, na medida em que aquilo que foi projetado pela Constituição apresentar-se na forma de descumprimento. De todo modo, o bom funcionamento do sistema político tende a controlar os índices da judicialização. O ativismo, por outro lado, está situado dentro do direito – no âmbito interpretativo, da decisão judicial – mas, paradoxalmente, também está fora, na medida em que a estrita dependência em torno daquilo que o juiz pensa, entende ou deseja no julgamento de uma determinada questão judicializável, pode levar à suspensão do direito vigente, criando fissuras na institucionalidade, desenvolvendo figuras típicas de um Estado de Exceção. Por isso, o modo de controlá-lo deve ser aferido no âmbito da própria interpretação do direito, sendo, por isso, um problema a ser enfrentado pela hermenêutica jurídica.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL: AS VISSICITUDES DE UM CONCEITO

Embora sem mencionar expressamente, Antoine Garapon, intui de forma correta o elemento que marca a linha divisória que separa a judicialização do ativismo. Com efeito, depois de uma análise minuciosa do modo como a sociedade contemporânea encara temas como a política e a democracia, demonstrando como a democracia contemporânea acabou por produzir esse espaço de judicialização, Garapon assevera o seguinte:

O **ativismo** começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do **desejo** de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar. (GARAPON, 1998, p. 54) (grifo nosso)

Nota-se, portanto, que Garapon liga a ideia de ativismo a um *desejo* – vale dizer, um *ato de vontade* – do órgão judicante. Esse ponto indica, de plano, que o



problema que vem à tona no enfrentamento do problema do ativismo é, exatamente, o âmbito que a Teoria do Direito reconhece como “calcanhar de Aquiles” do jurídico, qual seja, o âmbito interpretativo. De forma mais clara, é aqui que aparece o ponto decisivo que diferencia ativismo de judicialização: aquele é dependente de um ato de vontade; este é contingencial, condicionado pelo sistema político.

Não é outra a posição exarada por autores como Lenio Streck que, em obra recente, associa diretamente a noção de ativismo judicial com o problema da “vontade do interprete” no momento da concreção do direito<sup>23</sup>. O jusfilósofo gaúcho aponta, ainda, para o fato de que, no Brasil, compreende-se de modo inadequado o significado do ativismo.

---

<sup>23</sup> Vale reforçar aqui que, para Streck, essa questão voluntarista que está no germen do ativismo judicial, tem suas raízes no normativismo kelseniano e na separação efetuada por este autor entre interpretação como *ato de conhecimento* e interpretação como *ato de vontade*. De fato, em sua obra, Kelsen continuava a perseguir o tipo de rigor lógico que inspirava o dedutivismo da Jurisprudência dos Conceitos, porém, sabia que os instrumentos por ela utilizados eram insuficientes para garantir precisão epistemológica para a Ciência Jurídica. Ademais, ele conhecia as críticas formuladas pela *Jurisprudência dos Interesses* e pelo *Movimento do Direito Livre* em relação ao problema da determinação do papel do juiz no preenchimento das chamadas lacunas e sabia que o dogma da completude dos significados dos conceitos que compõem a lei – em especial os Códigos – não podia mais ser defendido àquela altura da história. A saída encontrada por Kelsen foi estabelecida a partir de uma fratura entre *conhecimento* e *vontade*. Explicamos: a construção epistemológica kelseniana está alicerçada na clássica dicotomia *razão* v.s. *vontade*. Assim, todas as questões reivindicadas pelos interesses, finalidades, etc. Kelsen atira para dentro daquilo que ele chamou de *política jurídica*, que se manifesta, em termos kelsenianos, na interpretação que os órgãos jurídicos competentes formulam sobre o direito. Portanto, são reunidos no interior da esfera de atos voluntaristas daqueles que lidam com o direito; ao passo que a ciência do direito se interessa pelo *conhecimento* das normas jurídicas (e não de sua “aplicação”), sendo que essa interpretação é regulada por determinados pressupostos lógico-sistemáticos desenvolvidos no ambiente de sua teoria pura. Nesse aspecto, portanto, Kelsen se movimenta em um metadiscorso que fornece uma interpretação logicamente rigorosa do complexo “mundo normativo”. Assim, Kelsen retoma a ideia de um sistema estruturado a partir de uma rigorosa cadeia lógico-dedutiva, mas que não se encontra atrelado à atividade das autoridades – órgãos – que efetivamente “aplicam” as normas jurídicas. Ressalte-se, por fim, que esse dualismo kelseniano entre razão e vontade e os problemas teórico-jurídicos daí decorrentes, foram denunciados – de maneira inédita – no posfácio da terceira edição do livro *Verdade e Consenso* de Lenio Luiz Streck. Com efeito, neste texto – em que o autor busca as condições para construção de uma teoria da decisão no direito – aparece claramente apresentada a dualidade kelseniana entre razão teórica e razão prática (no interior da qual aparece o problema da vontade) e a opção de Kelsen por um modelo teórico de fundamentação, bem ao modo da filosofia da ciência propagada pelo neokantismo de Marburgo, cujos corifeus Herman Cohen e Paul Nartop são os grandes inspiradores de Kelsen (neste sentido, Cf. Streck, 2009, p. 415-429; para uma identificação das manifestações desse solipsismo kelseniano nas diversas posições doutrinárias no âmbito da dogmática jurídica brasileira, ver também Streck, 2010, p. 33 e ss.)



Nos termos propostos por Streck, nos EUA a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Quanto a isso, basta recordar que o mesmo Marshall que instituiu o precedente que consagrou a *judicial review* foi também quem iniciou, no *case McCulloch v.s. Maryland*, a tradição do *judicial self restraint*. Sintomático, também, que a segunda decisão em sede de controle de constitucionalidade nos EUA só se deu cinquenta e dois anos depois da primeira.

Assim, aceitando essa provocação, procuraremos nos itens seguintes iluminar a questão do ativismo norte-americano sob o fio condutor da obra de Christopher Wolfe. Posteriormente, faremos uma incursão pela experiência alemã da jurisprudência da valoração, para termos claro em que medida esse modelo de “ativismo” se diferencia daquele vivenciado nos EUA. Na sequência, passaremos para uma avaliação do modo como a questão vem sendo colocada no Brasil.

## 2.1 Ativismo judicial na experiência estadunidense

Para estudar os paradigmas metódicos norte-americanos que compõem o universo temático da interpretação da Constituição, faremos uso da divisão feita por Christopher Wolfe (1994, p. 3), em seu livro *The Rise of Modern Judicial Review*. Para o autor, a interpretação da Constituição norte-americana pode ser analisada – ao longo de sua história – a partir de três modelos/paradigmas de interpretação. Cada um desses modelos definem, de tal modo, a predominância dos paradigmas interpretativos vigentes que Wolfe nomeia cada um deles como “Eras” da interpretação da Constituição. Assim, temos a seguinte divisão tripartite: a) Era Tradicional; b) Era de Transição; e c) Era Moderna.

A Era Tradicional se inicia com o advento da Constituição em 1789 e vai até 1890. Contudo, primeiramente, é mister ressaltar, a Carta Magna norte-americana não previu expressamente o controle de constitucionalidade, o que levou John Jay, primeiro Chefe de Justiça da Suprema Corte estadunidense, a declarar que esta “*nunca obteria a energia, o peso e a dignidade essenciais para dar seu devido suporte ao governo nacional*”. (WOLFE, 1994, p. 40)



Entretanto, em 1803, no caso *Marbury contra Madison* (SWISHER, 1962, p. 10-14), sob a presidência de John Marshall, a Suprema Corte instituiu o controle de constitucionalidade, pois julgando inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, “que atribuía competência originária para julgar o *mandamus*... argumentando que a Constituição fixara competência da Suprema Corte e somente ela poderia estendê-la” (SILVA, 2009, p. 27-36). De modo que, percebe-se o ativismo judicial estadunidense está imbricado desde o início do controle de constitucionalidade, porquanto, concernente aos estudos, e não ao assentimento dos norte-americanos, não é incontroverso a legitimidade da Suprema Corte, neste caso, de exercer uma função não atribuída expressamente a ela pelo poder constituinte originário que, aliás, continua até a atualidade regulamentada por lei ordinária nos EUA. De qualquer forma, graças ao *Chief of Justice* John Marshall, melhor representante da Era Tradicional de revisão judicial norte-americana, a Suprema Corte galgou a importância que John Jay dissera impossível.

Ademais, percebe-se que a primeira Era se caracteriza pela presunção de que a Constituição é a um só tempo *inteligível*, tinha um “significado real” que poderia ser conhecido se lida apropriadamente, e *substancial*, “estabelece princípios que eram definitivos e claros o suficiente para serem cumpridas as regras legais, ao invés de meramente proclamar generalidades vagas” (WOLFE, 1994, p. 3-4), pelo que a revisão judicial desse período em dar preferência às normas constitucionais a qualquer outro ato legislativo e executivo que com ela conflitasse. Assim, quanto ao método utilizado, teve grande influência as regras de interpretação de Blackstone, que se valiam dos indícios mais naturais e prováveis, a saber, “as palavras, o contexto, a matéria, os efeitos e as consequências ou espírito e razão da lei” (WOLFE, 1994, p. 18).

Todavia, equivoca-se quem pensa que nesse paradigma – e no âmbito da experiência estadunidense – se tem a ideia de um processo mecânico de interpretação, e que por meio dele encontrará inevitavelmente um significado correto de uma previsão constitucional; pois, tal interpretação reclama mais do que “mera gramática e habilidade lógica”, e exige, além de um conhecimento da matéria, como a “natureza de governo” e “os requisitos de governo”, um conhecimento das “realidades descritas pelas palavras dos documentos bem como uma habilidade para perceber os ‘objetos’ ou os ‘propósitos’ implícitos nas previsões



constitucionais”, e, outrossim, “alguma medida de prudência política” (WOLFE, 1994, p. 37).

Portanto, vê-se que nessa Era o Poder Judiciário não é exercido com o propósito de efetivar a vontade do julgador, mas visa efetivar a vontade da lei interpretando as palavras, o contexto, a matéria e a intenção dos autores da constituição, no entanto essa interpretação não é um processo mecânico de aplicação, o julgador deverá buscar o caráter substancial da constituição para buscar a interpretação correta (WOLFE, 1994, p. 76-79).

Doravante, tanto Marshall quanto seu sucessor Roger B. Taney, que ocuparam o cargo de Presidente da Suprema Corte por quase toda Era Tradicional (Marshall de 1801 a 1835 e Taney de 1835 a 1863), faziam uso da mesma metodologia jurídica, que é ter sempre em vista o caráter substancial da Constituição ou a vontade política da Constituição para fundamentar suas decisões, malgrado as decisões entre ambos diferirem sobre assuntos comuns, como cláusulas comerciais, cláusulas contratuais entre outros, o método utilizado para decidir e fundamentar as suas decisões eram os mesmos (WOLFE, 1994, p. 63-71).

Entretantes, do período que vai de Taney até 1890 que se inicia a Era de Transição, o método da Era Tradicional resiste, mas começa a ser sofrer críticas pelos motivos que se passa a expor.

Primeiramente, de 1861 a 1865, houve a Guerra de Secessão norte-americana, grosso modo, desencadeada pela possibilidade de abolição do sistema escravagista devido à eleição de Abraham Lincoln (um abolicionista moderado, mas cuja maior preocupação era com a união do país). Pelo que, por corolário do conflito, perdida a guerra pelos sulistas escravocratas, no mesmo ano do término da Guerra Civil ianque em 1865, foi ratificada 13<sup>o</sup> emenda à Constituição, que acabou oficialmente com a escravidão no país, pouco tempo depois, em 1868, foi aprovada a 14<sup>o</sup> emenda à Constituição<sup>24</sup>, com o intuito precípua de controlar medidas

---

<sup>24</sup> Estados Unidos. Constituição (1789). Décima quarta emenda, de 21 de julho de 1868. ‘nossa tradução’ Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou porá em vigor qualquer lei que restrinja os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **nem qualquer Estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade**



arbitrárias contra quaisquer cidadãos dos Estados Unidos, dando constitucionalidade ao *The Civil Rights Bill* de 1866 (WOLFE, 1994, p. 139), contudo tal emenda deixou vagos os sentidos de “privilégios e imunidades”, “devido processo legal” e “igual proteção da lei”, de modo que se abriu uma margem para formulação do “*substantive due process*” no sentido vago do “devido processo legal” (WOLFE, 1994, p. 139-150).

Assim sendo, a espinha dorsal do “*substantive due process*” é o seguinte raciocínio: uma lei que prive a vida, a liberdade e a propriedade, direitos constitucionais, esta lei não era uma verdadeira lei, pois “*se pode argumentar que tal lei viola a cláusula do devido processo e que a punição (privação a vida, a liberdade e a propriedade) era inválida e proibida*” (WOLFE, 1994, p. 146). Dessa maneira, o julgador não passa mais apenas a dar preferência à vontade política dos autores da Constituição, eles, por meio da revisão judicial, passam a “normatizar” direitos e proibições não previstas da legislação, para conseguir concretude as previsões constitucionais. Por isso, Wolfe obtempera que houve uma passagem de uma interpretação constitucional para “*judge-made law*”.

Demais, há que se atribuir, também, as origens do “*substantive due process*” a dois fenômenos da Era Tradicional. Nas palavras de Wolfe (1994, p. 145):

Primeiro, houve um padrão de revisão judicial – baseado não na Constituição, mas nos princípios de justiça natural; isso, como eu argumentei antes, foi uma posição minoritária e um desvio dos princípios fundamentais da Era. Segundo, havia alguns casos, primeiramente na corte dos estados, em que foram firmados em análises dos requisitos intrínsecos da “lei”. Esses dois fenômenos estavam especialmente unidos em suas orientações sobre os direitos de propriedade.

Observando que tal formulação do “*substantive due process*”, com base em uma escola de pensamento chamada realismo jurídico (WOLFE, 1994, p. 5)<sup>25</sup>, somente granjeou aplicação **de modo restrito**, a saber, aplicou-se apenas o

---

**sem o devido processo legal**; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição igual proteção das leis. (Grifo Nosso)

<sup>25</sup> “Uma nova escola de pensamento legal referida como “realismo jurídico” surgiu no final do século dezenove, e argüiu que a todo julgamento – não apenas um tipo, como a jurisprudência “laissez-faire”- era inerente a legislação... o princípio chefe... era que todas as leis eram “feitas” (um comando de vontade) ao invés de “descobertas” (através da razão na lei natural).”



“*economic substantive due process*”, ou seja, apenas nos assuntos econômicos a Suprema Corte intervém com base no “*substantive due process*”. Sendo, em 1890, no caso Chigago, Milwaukee and St. Paul Railroad contra Minnesota, caso paradigmático para marcar o início da Era de Transição.

Pois bem, o caso mencionado versou sobre a constitucionalidade de uma lei que regulamentava as taxas ferroviárias de Minnesota, entretanto “o caso não se focou nas taxas em si (e se elas eram matéria de revisão judicial), e sim no procedimento para a fixação das taxas ferroviárias” (WOLFE, 1994, p. 149). (tradução livre), o qual a Suprema Corte decidiu inconstitucional, porquanto ela “adotou um particular entendimento dos direitos de propriedade garantida pela lei natural, que é o ‘laissez-faire’ capitalista” (WOLFE, 1994, p. 4) (tradução livre). De maneira que, com base nessa “filosofia política”, a Suprema impediu muitas tentativas de regulamentação econômica no período de 1890 a 1937 (WOLFE, 1994, p. 4-5)<sup>26</sup>.

Doravante, com a quebra da bolsa de 1929, o cenário econômico dos Estados Unidos se tornou um caos, causando sérios problemas sociais, e, conseqüentemente, levou o governo estadunidense a tomar medidas para regular a economia para levantar o país da chamada Grande Depressão. Em 1933, assume a presidência Franklin D. Roosevelt, que tenta implementar a política do New Deal, mas este foi barrado pela Suprema Corte, conquanto, naquele contexto histórico, tal política fosse consentânea e necessária pelos anseios norte-americanos, cinco dos nove ministros que compunham a Suprema Corte não pensavam assim. Isso levou a propor um projeto de lei para aumentar para 15 o número de ministros, para ganhar maioria na Corte, todavia, enquanto o projeto estava em tramitação, o Ministro Robert

---

<sup>26</sup> Nossa tradução: “O clássico exemplo de um dos casos dessa Era foi *Lochner VS. New York* (1905). O Estado de New York proibiu a contratação de padeiros por mais de sessenta horas semanais ou dez horas por dia. A Corte reconheceu o poder do Estado para regular problemas relacionados à segurança, saúde moral e o bem-estar geral, mas argüiu que tal poder deveria ser limitado, senão “a legislatura dos estados teriam poderes ilimitados”. A questão era se esse exercício do poder estatal interferia injustificadamente na liberdade de contratar – a liberdade dos empregadores comprarem, e a dos empregados venderem, o trabalho em termos de mútua aceitação. A Corte entendeu inadmissível a lei interferir em tal liberdade e derrubou-a. De fato, segundo esta abordagem, a Corte estava livre para impedir qualquer lei que, em sua opinião, regularia “demais” os problemas econômicos. Tal poder pareceu muito mais uma questão de vontade – legislativa nos termos do Federalismo- do que um julgamento, ou adjudicação, ou interpretação”





E. Hughes “conseguiu influenciar o juiz Roberts e este passou a apoiar o New Deal (...) A sensibilidade de Hughes salvou a Corte de uma derrota perante o Executivo e a opinião pública” (SILVA, 2009. p. 37).

Posteriormente, “em 1937 – depois da proposta de reformulação da corte por Franklin Roosevelt - a Corte oscilou sobre e acolheu a controvertida legislação” (WOLFE, 1994, p. 6) (tradução livre), e, depois que Roosevelt conseguiu indicar outros nomes para a Suprema Corte, esta praticamente abdicou do “*economic substantive due process*”. Por isso, Wolfe usa essa data para indicar o término da Era de Transição e o início da Era Moderna.

Não obstante os conflitos entre o Poder Judiciário e o Executivo e legislativo na Era de Transição, o entendimento moderno de que o Judiciário tem ínsito à sua função um caráter fundamentalmente legislativo, sendo os juízes responsáveis por modificarem as normas sob a luz de novas circunstâncias e experiências (WOLFE, 1994, p. 6-7) (tradução livre), isto é, o “*substantive due process*” ou o “*judge-made law*” assentou-se nos EUA, em especial pela própria tradição da “*common law*” (DAVID, 1998); (BALL, 2005); e, também, por ideias ventiladas por vários autores na Era de Transição, dentre os principais, cita-se Woodrow Wilson<sup>27</sup>, Oliver Wendell Homes Jr. e Benjamin Nathan Cardozo<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Woodrow foi eleito duas vezes consecutivas para a presidência do Estados Unidos no período de 1912 a 1921. Wolfe, 1994, p. 208-209 (tradução livre) “A Constituição, de acordo com Wilson, foi construída em cima da teoria whig sobre a dinâmica política, a qual era uma cópia inconsciente da teoria newtoniana do universo. O governo Whig, como o universo newtoniano, era composto de corpos governados pelo equilíbrio e harmonia das forças que dão ao sistema todo... sua simetria e ajustamento perfeito... Wilson rejeitou a teoria newtoniana de governo em favor da teoria darwiniana: o governo tomba não sob a teoria do universo, mas sob a teoria da vida orgânica... que é modificada pela necessidades do ambiente e seus caprichos, dando forma a suas funções simplesmente pela premência da vida... A Corte, diz Wilson, era um “fórum não político no qual as interpretações [constitucionais] poderiam ser imparcialmente debatidas e definidas”. Contudo, por outro lado, pode-se dizer sobre os juízes “que seus poderes são políticos”, porque “se determinam quais poderes devem ser exercidos nos termos da Constituição, eles, pelo mesmo motivo, também determinam a adequação da Constituição em relação às necessidades e interesses da nação”. A Corte deve ler a Constituição amplamente, para que “cada geração de estadista olhe para a Suprema Corte para fornecer a interpretação que melhor servirá as necessidades atuais”. Isso acaba, então, por estar longe de ser não político, “sem dúvida, a Corte deve ‘fazer’ leis para os seus dias atuais”. Cf. Woodrow, 1908.

<sup>28</sup> Cardozo foi ministro da Suprema Corte de 1932 a 1938, e sucessor de Holmes. Wolfe, 1994, p. 230-231 (tradução livre) “De acordo com Cardozo, o julgamento começa com a comparação de um caso com os precedentes. O juiz primeiro extrai o princípio latente no precedente e depois determina o caminho ou a direção ao longo do qual o princípio vai se mover e desenvolver. A direção é dada por quatro métodos: lógica, histórica, costumeiros e sociológico. Este último



Contudo, deter-se mais no pensamento de Holmes Jr., ministro da Suprema Corte durante parte da Era de Transição, de 1902 a 1932, e o autor que mais contribuiu para o assentamento da moderna revisão judicial estadunidense por meio de sua teoria sobre e do processo judicial.

Pois bem, na teoria de Holmes, “a nação é um organismo que inevitavelmente cresce e muda, os autores [da Constituição] não poderiam ter tido nenhuma previsão completa de seu desenvolvimento” (WOLFE, 1994, p. 224). Desse modo, deve haver uma ampliação nas palavras dos autores, para torná-las aplicáveis às circunstâncias e experiência de uma nação mais crescida e madura. E, sobre o trabalho do juiz, comenta Holmes (1881, p. XXIV):

A necessidade sentida pelo tempo, as teorias morais e políticas predominantes, as intenções da política pública, declarada ou inconsciente, até mesmo os preconceitos que juízes compartilham com seus colegas, tiveram muito mais influência do que o silogismo na determinação das regras pela quais os homens devem ser regidos. A lei incorpora a história de séculos de desenvolvimento de uma nação, e isso não pode ser tratado como se contivesse apenas axiomas e corolários de um livro de matemática.

Destarte, após a vitória de Roosevelt em 1937, a Suprema Corte adota o “*rational basis test*” para toda legislação de intervenção no domínio econômico, isto é, “para que a lei passasse neste teste bastava que fosse razoavelmente relacionada a um objetivo político válido” (MORO, 2001, p. 338)<sup>29</sup>. Entretanto, quando a lei afeta direitos considerados fundamentais, como os previstos nas emendas à Constituição norte-americana, ou os processos políticos para promulgação da lei, ou se afetar a certas minorias, a Suprema Corte adotou um teste de constitucionalidade mais rigoroso, denominado *strict scrutiny*, “no qual a lei, ainda relacionada a um objetivo legítimo, seria considerada inválida se o mesmo objetivo pudesse ser alcançado por um meio menos gravoso e se este... não fosse qualificado como de especial magnitude” (MORO, 2001<sup>a</sup>, p. 339).

---

método é o árbitro de todos os métodos, porque ele considera o bem-estar da sociedade, a qual é a causa final da lei, ao se decidir sobre o alargamento ou restrição de uma regra existente, o juiz deve atender as necessidades sociais”. Cf. Cardozo, 1928.

<sup>29</sup> Ver também Moro, 2001b.



Uma marca nesta Era Moderna foi a Corte de Warren (1953 a 1969), a Corte se envolveu em vários casos famosos, os quais abarcam assuntos como, por exemplo, segregação racial, reordenação de distritos federais, liberdade de expressão e casos criminais. A Corte de Warren tinha tendências liberais, prova disso é o caso *Brown contra Board of Education*, de 1954, no qual foi declarada inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas do sul; e no caso *Gideon contra Wainright*, de 1963, que “reconhece aos acusados perante os tribunais estaduais o direito a assistência judiciária provida pelo Estado se não tivessem condições de contratar um advogado” (MORO, 2001a, p. 350). Portanto, tal Corte de Warren é um exemplo de ativismo judicial norte-americano, que por influência de seu Chefe de Justiça, estimulou positivas mudanças sociais, sendo chamada de revolução judicial.

Essa postura liberal pela Corte Warren não agradou ao Presidente Nixon, que foi um ferrenho crítico desse poder exacerbado de que dispunha a Suprema Corte. Por isso, depois da aposentadoria do *Chief of Justice Warren*, o presidente Nixon nomeou Warren Burger, que tinha uma postura mais conservadora, na expectativa de frear a intervenção da Suprema Corte. Contudo, Burger não teve força suficiente para mudar a orientação da Suprema Corte.

Então, Corte Burger (1969 a 1986) trilhou um ativismo judicial parecido com o da Corte anterior. Por exemplo, um de seus casos mais conhecidos foi *Roe contra Wade*, em 1973, tendo reconhecido que a interrupção da gravidez não poderia ser indistintamente criminalizada, fundamentando sua decisão no direito de privacidade. Após 1986, com o término da Corte de Burger, não houve mudança significativa, sendo, portanto, o modo de interpretação prevalente ainda é o da Era Moderna.

Posto isso, conclui-se, as mudanças ocorridas nos modos de controle de constitucionalidade norte-americano ocorreram de forma gradativa e não linear, o que não poderia ser diferente, pois de algum modo o crescimento da *judicial review* e o desenvolvimento de suas técnicas interpretativas se confunde em muitos aspectos com a própria história do direito constitucional estadunidense.

De todo modo, a grande questão que fica desse discurso histórico que aqui foi percorrido pela trilha de Christopher Wolfe é a impossibilidade de se tratar do fenômeno do *ativismo judicial* – diretamente ligado ao problema da interpretação da



Constituição – de um modo monolítico, desconsiderando as vicissitudes históricas que giram em torno do exercício constante da *judicial review*.

## 2.2 Experiência alemã

Não há que se falar em ativismo judicial sem que esteja relacionado com o problema da interpretação, sendo que este problema se mostra mais evidente com o advento das constituições dirigentes, de fortes conteúdos substanciais e que possuem em seu núcleo os direitos fundamentais, especialmente os individuais.

Nesta seara, importante deixar claro que o caso alemão é diferente do estadunidense, uma vez que os contextos sociais e políticos são diferentes, o que talvez dificulte até mesmo denominar a experiência alemã da Jurisprudência dos Valores como um caso típico de ativismo judicial como aquele.

A Jurisprudência dos Valores exsurge como uma condição de possibilidade para romper com o Positivismo Jurídico e adequar o direito ao Estado Democrático de Direito, sendo que uma de suas principais preocupações seria justamente oferecer uma alternativa ao problema que o Positivismo exacerbava e se mostrava incongruente com o novo Estado: o ativismo. Enquanto no Positivismo deixavam-se a cargo do juiz as decisões que não podiam se enquadrar na moldura interpretativa, em um procedimento subjetivista, aquela procura impor limites para os casos de difícil solução, não deixando a solução à mercê de um ato solipscista do magistrado, mas estabelecendo as condições em que a decisão seja legítima, o que quer dizer, resultado de um processo interpretativo intersubjetivo.

Além de todo o exposto há outro fator que influencia a Jurisprudência dos Valores, que é o fato de a Alemanha precisar assinalar para o resto do mundo que iria aceitar a Lei Fundamental e não mais representar um risco. Juntamente com o fato de na Europa estar em evidência a Constituição dirigente e o Estado Democrático de Direito, esta circunstância complementa o pano de fundo em que se move a Ciência do Direito na época, qual seja, de um modo geral, garantir e efetivar a Constituição, colocando-a como o centro do direito e buscando a melhor forma de sua aplicação, sendo que no caso alemão isto vale para a Lei Fundamental.



Neste íterim a Jurisprudência dos Valores propõe uma nova metodologia para o direito, em que a Lei Fundamental alemã aparece como o instituto que deve permear todas as relações jurídicas, sendo que o caso concreto, momento de efetivação do direito, deve ser decidido levando-a em consideração. Para tanto o juiz deve se pautar pelos valores estruturados na constituição, posto que estes são a expressão da vontade política da sociedade, o que permite uma decisão que não mais se justifica subjetivamente, mas intersubjetivamente, por ter seus limites previamente estabelecidos de maneira não autoritária.

Há renomados defensores da Jurisprudência dos Valores, como Arthur Kaufmann e Karl Larenz, sendo que este define bem a perspectiva do novo modo de operar da Ciência do Direito:

(...) não é de todo possível ao juiz, na maioria dos casos, chegar à decisão estritamente com base na lei, e, porque esta carece de interpretação e a interpretação é mais ou menos discricionária ou requer dele a emissão de um juízo de valor, subsiste a questão de se saber o que é que realmente motivou o juiz na sua decisão – no lugar da ciência normativa do Direito, que comprove como *deva* ele decidir, subentra uma ciência factual, uma psicologia ou uma sociologia judiciária. No entanto, a passagem a uma <Jurisprudência da Valoração> só levará a tal resultado quando se sustente, sem limite algum a posição de que os valores não são susceptíveis de fundamentação e, assim, passíveis de controlo racional, pelo menos em certa medida. (...) A passagem a uma <Jurisprudência da Valoração> só cobra, porém, o seu pleno sentido quando conexionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração <supralegais> ou <pré-positivos> que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições (LARENZ, 1997, p. 167 e ss.).

Nesta obra o autor vai desenvolver os critérios de acordo com os quais acredita seja possível tornar em maior grau objetiva a decisão do juiz, sendo que esta deve levar em consideração os valores morais sob os quais se instituiu a Constituição, sendo que esta deve servir de parâmetro para a legislação que se impõe aos cidadãos. Parte-se do pressuposto que é possível destacar um método que permite ao juiz alcançar estes valores para que de acordo com os mesmos seja proferida a decisão, a qual será legítima, diferentemente do que seria se baseada em valorações morais subjetivas do juiz.

Como se pressupõe um sistema de direito previamente fundamentado, cria-se a ilusão de que a tarefa da ciência do direito é primordialmente metodológica. O



método, com suas raízes modernas, têm a função de proporcionar caminhos que conformem a decisão achada ao direito, conferindo a esta o status de legítima. O problema que perpassa este novo modo de aplicar o direito é o fato de que se procede como antes, ou seja, busca-se fundamentar a decisão em um ente transcendente ao direito, que passa a ser a constituição. Habermas expõe os perigos desta postura, a qual diz não se distanciar do que procura superar:

Como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais? O *médium* do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado (HABERMAS, 2003, p. 25).

Acontece que o modo como a Jurisprudência dos Valores aborda a questão não se mostra eficiente para evitar o ativismo judicial, mas este pode ser constatado de maneira diferente. Ao buscar fundamentos para a decisão em valores tidos como absolutos, os quais constituiriam os princípios norteadores da aplicação do direito, é inevitável uma apropriação subjetiva destes valores por parte do intérprete. Tais valores serão condicionados, em sua explicitação, pela historicidade do juiz, uma vez que este os interpreta para compreendê-los.

A simples suposição de que tais valores existem e servem de ponto de partida para a construção da ordem jurídica, sem que haja a devida institucionalização destes no direito, quando evocados para legitimar uma decisão, esta será sempre calcada em argumentos de valores, os quais assumem maior importância que os argumentos de direito, como se estes valores, que no final serão a expressão arbitrária do julgador, estivessem acima da política que institui o direito. Desta maneira, as decisões não serão propriamente jurídicas, mas políticas em sentido estrito.

A partir da necessidade que se observa de efetivar a constituição acaba-se por possibilitar, através de posturas calcadas no método moderno, decisões de certo modo ativistas, posto que evadas de subjetivismo inconsciente, quando se pensa poder agir intersubjetivamente através de algum método. O que aqui chamamos de ativismo da Jurisprudência dos Valores é o resultado de um processo interpretativo



que se estrutura de um modo que não consegue romper com a metafísica transcendental, na medida em que a busca de efetivação da constituição, ao pressupor para esta um fundamento último, possibilita decisões que extrapolam o próprio sentido da constituição.

Acaba-se por proceder com a constituição de modo a concebê-la racionalmente aprioristicamente, alvejando delimitar sua aplicação no caso concreto. Observa-se a não superação da cisão entre teoria e prática, o que acaba, na verdade, por acarretar na conformação do caso fático a uma possibilidade que se encaixe ao que o intérprete entende que esteja de acordo com o que entende por constituição ou seus fundamentos.

O ativismo decorre de um problema metodológico ligado tanto a não superação da metafísica transcendental como à compreensão inautêntica que se tem da constituição, sendo que esta é concebida como o fundamento último do direito, o que acaba por encobrir a tradição e promover sua estruturação de modo a se tornar o elemento legitimador de qualquer decisão. Porém não se problematiza o que é a constituição ou seus princípios na sua historicidade, mas busca-se concatenar a decisão do caso concreto pelo que se concebe, subjetivamente e a priori, por constituição. Esta não se mostra como a possibilidade de devolver o mundo prático ao direito, mas sim como a supremacia da teoria, sendo a regra mais importante de todas e que deve reger as demais e todas as relações sociais.

O ativismo estadunidense mostra-se atrelado ao problema de como aplicar a constituição, que acaba por se colmatar à tradição do *'common law'* em que os juízes buscam, no caso concreto, dar a melhor interpretação para a Constituição. Já no caso alemão a melhor interpretação para a constituição é designada antes mesmo de sua aplicação, num processo metódico. Podemos observar que o ativismo brasileiro tem especificidades que o distingue destes dois já tratados, como passamos agora a explicitar.

### **2.3 Ativismo judicial à brasileira**

A proeminência da jurisdição constitucional, que passa decidir questões político-sociais, antes restritas a esfera política, ocorre no âmbito do Estado



Democrático de Direito o qual deve estar vinculado à ideia de Constituição dirigente e também a ideia de força normativa da Constituição<sup>30</sup>. Assim, é necessária uma mudança da postura metodológica, para pós-positivista, no tocante a fundamentação das decisões judiciais. Sobre esse contexto Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 68) afirma,

(...) esse caráter incisivo da figura do juiz que passará a intervir, no limite entre política e direito, nas questões envolvendo o acesso à justiça e nas questões envolvendo a concretização dos direitos fundamentais, deixa sempre a possibilidade de que sua decisão não possa ser controlada pelos meios democráticos de legitimação, o que levaria a possíveis arbitrariedades judiciais.

No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las. E o limite contra discricionariedades está na fundamentação (pela principiologia da Constituição), pois o juiz, na tomada de decisão deverá optar pela resposta correta, ou seja, conforme à Constituição. “É a possibilidade efetiva de respostas corretas que serve como blindagem contra ativismos/discricionariedades” (STRECK, 2007, p. 388).

Assim, o ativismo judicial exsurge no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária, questão perpassada portanto, pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição.

---

<sup>30</sup> (...) a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente ( *individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presente, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. (HESSE, 1991, p. 19).





### 2.3.1 Interpretação da Constituição ou hermenêutica constitucional?

O termo, *hermenêutica constitucional*, apesar de ser amplamente utilizado pela comunidade jurídica, recebe críticas ao seu uso. Pois como adverte Lenio Luiz Streck (2008, p. 308),

Entendo, ademais, que não é mais possível falar de uma “hermenêutica constitucional” específica, porque isto leva à recuperação (ou à armadilha) da velha hermenêutica clássica (método). Dito de outro modo, admitir a existência de uma hermenêutica constitucional é ver /entender a hermenêutica como mera técnica, recuperando com isso, a superada relação sujeito-objeto (S-O) da filosofia da consciência.

No mesmo sentido, as críticas de Friedrich Müller (1999, p. 68-69) aos métodos ou técnicas de interpretação. Para ele, “as regras tradicionais de interpretação não podem ser isoladas como “métodos” autônomos por si. Tais regras dirigem-se a toda e qualquer norma jurídica: porque cada norma jurídica tem o seu texto da norma (...)”. Demonstrando a impossibilidade de se ter um método autônomo para a interpretação da Constituição.

Entretanto, Inocêncio Mártires Coelho (2003, p. 90), defende a especificidade de uma hermenêutica constitucional, no seguinte sentido

Destarte, a Constituição – enquanto *objeto* – determina a escolha do *método* próprio para seu conhecimento, método esse que, por sua vez ao ser manejado pelo intérprete, vai “criando” seus *objetos* hermenêuticos, num processo aberto e infinito (...).

É evidente ainda entre alguns juristas a permanência/ não superação da relação sujeito-objeto, a qual é incompatível com o caráter hermenêutico necessário após o deslocamento do pólo de tensão entre os poderes em direção a jurisdição constitucional. E, as duas revoluções copernicanas do século XX - a tomada da filosofia pela linguagem (*linguist turn*) resultando na derrubada do esquema sujeito-objeto e, no direito público, o constitucionalismo com caráter dirigente e compromissório que trouxe para dentro dos textos constitucionais direitos político-sociais - acarretam o aumento da “dimensão hermenêutica do direito”.



### 2.3.2 Especificidades do caso brasileiro – interpretação da Constituição e ativismo judicial

Feitas as considerações sobre a experiência alemã e norte-americana, as quais nos permitiram desenvolver um conceito de ativismo judicial, passaremos à análise das especificidades do caso brasileiro.

No Brasil, o ativismo judicial não se caracteriza somente pela discussão sobre a implementação de direitos fundamentais, mas também pelo pronunciamento quanto a questões políticas, sociais nos quais muitas vezes tem-se por ultrapassados os limites da atividade jurisdicional.

Ao exacerbar os limites da atividade jurisdicional, o magistrado ao decidir, não se baseia em argumentos de direito, mas em suas convicções pessoais, em sua consciência<sup>31</sup>.

Tal postura evidencia a permanência de posturas pragmatistas-decisionistas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, com a ideia de Constituição dirigente, com o aumento da dimensão hermenêutica do direito e com a necessária mudança da postura metodológica, para pós-positivista, no tocante a fundamentação das decisões judiciais.

Como afirma Lenio Streck (2010, p. 96), “A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática.”<sup>32</sup>

Já para Luís Roberto Barroso (Constituição..., 2011), o ativismo judicial estaria ligado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na

---

<sup>31</sup> Em recente entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo, o Ministro Luiz Fux ao ser questionado “Mas o sr. nesse ponto também pretende ser estritamente técnico?” Respondeu: “Eu julgo sempre de acordo com a minha consciência, e acho que estou fazendo o melhor. Eu sou humano. Se eu errar, vou errar pelo entendimento. Eu sou sensível aos direitos fundamentais da pessoa humana.” Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/894627-debaixo-da-toga-de-juiz-tambem-bate-um-coracao-diz-fux.shtml>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

<sup>32</sup> “Pois, de efetivo, a hermenêutica se apresenta nesse contexto como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, *livre que está, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas*. Nisso talvez resida a chave de toda problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade.”



concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação de outros Poderes.”

As objeções tecidas sobre a expansão do Poder Judiciário em Estados constitucionais, conforme Barroso (Judicialização..., 2011), não enfraquecem a importância dos juízes nas democracias modernas. Para ele, o fenômeno do ativismo possui uma face positiva, “o Judiciário está atendendo as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento.”

As experiências históricas não nos possibilitam dizer se o ativismo judicial é positivo ou não. O ativismo é sempre uma intervenção discricionária no sentido forte<sup>33</sup>, e, neste contexto, é de extrema importância o estabelecimento de parâmetros de legitimidade de intervenções judiciais no âmbito da política e da sociedade.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Enrique Ricardo Lewandowski, ao se manifestar sobre o ativismo judicial, em palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, no ano de 2009, que foi transcrita no artigo “*O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos*”, pretendeu demonstrar que o chamado ativismo judicial seria não um “ativismo”, mas sim, um protagonismo do Poder Judiciário, o que se deve simplesmente à entrada na *era do direito*.

Segundo o autor,

Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. Por isso, ao invés de “ativismo judicial” ou “ativismo do Supremo Tribunal Federal”, prefiro utilizar a expressão “protagonismo” do Supremo

---

<sup>33</sup> “Devemos evitar uma confusão tentadora. O sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52. “Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido fraco; um sentido forte; e o sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário determina-se a partir da possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas. A esse sentido, Dworkin agrega a distinção entre *discricionariedade* em sentido fraco e *discricionariedade* em sentido forte, cuja determinação é bem mais complexa do que a *discricionariedade* em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da *discricionariedade* reside segundo Dworkin, no fato de que em seu sentido forte a *discricionariedade* implica incontornabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Desse modo, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente.” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 28).



Tribunal Federal e/ou, também, em conjunto, “protagonismo do Poder Judiciário”, como um todo, neste limiar do século XXI. Por quê? Porque nos estamos entrando na era do direito. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78)

Frise-se que a expressão “era dos direitos” foi extraída de uma entrevista concedida por Norberto Bobbio, na qual o jurista italiano procurou apontar as etapas da construção do Estado Democrático de Direito, e de como passaram os governados à também terem direitos frente ao Estado, sendo o “Estado dos cidadãos”<sup>34</sup>.

Portanto, ante ao Estado Democrático de Direito, a existência de uma Constituição dirigente e da força normativa da Constituição é incompatível que se tenha decisões judiciais discricionárias, pois, tem-se o direito fundamental a uma resposta correta, constitucionalmente.

Podemos então expressar um ativismo brasileiro com contornos bem delimitados e diferentes do que se observa nos Estados Unidos e na Alemanha. Enquanto que nestes dois países o ativismo está ligado, resguardadas as diferenças, à manutenção e efetivação de direitos fundamentais, especialmente os individuais, onde se busca adequação constitucional – apesar dos riscos –, no Brasil o ativismo se mostra como um fenômeno oposto. O nosso ativismo acaba por coibir os direitos fundamentais ao proceder o STF em esferas nas quais não lhe foi atribuída competência constitucional, sendo que não se verifica em seus fundamentos, pelos seus defensores, a manutenção dos direitos fundamentais, mas sim a possibilidade de infringi-los em razão do que a Corte entende por motivos de relevância social. Nossos ministros agem como legisladores, sendo que não

---

<sup>34</sup> “O primado do direito (*ius*) sobre a obrigação é um traço característico do direito romano, tal como este foi elaborado pelos juristas da época clássica. Mas trata-se, como qualquer um pode comprovar por si, de direitos que competem ao indivíduo como sujeito econômico, como titular de direitos sobre as coisas e como capaz de intercambiar bens com outros sujeitos econômicos dotados da mesma capacidade. A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito. É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só tem deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.” (BOBBIO, 2004, p. 77-78).



possuem legitimidade para tanto e nem há autorização constitucional para tanto. Acabam não observando a Constituição e até mesmo procedendo à alteração de seu texto a pretexto de conformá-la às mudanças sociais. Uma resposta correta é a que se constrói levando em consideração a Constituição, sendo que uma compreensão autêntica do direito nos permite expor que seu vínculo primordial é com a garantia dos direitos fundamentais individuais, por se tratar de um mecanismo de limitação do poder, sendo que limita até mesmo o poder do órgão responsável por sua interpretação.

Enquanto que nos Estados Unidos e Alemanha há fortes críticas e receios em relação ao ativismo judicial, o qual se mostra mais contido que o brasileiro, aqui tem-se percebido pouca censura por parte da comunidade jurídica e uma propensão a se consolidar e estruturar a compreensão errônea de que ao STF cabe decidir qual a melhor forma de aplicar a constituição, ao passo que lhe cabe garanti-la e efetivá-la, porém não possui legitimidade para expressar seu sentido e seus limites, ao passo que deve obedecer também a estes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de um balanço final dos principais resultados deste trabalho de pesquisa, é importante ressaltar que nosso fio condutor foi dado pelo objetivo de diferenciar – em termos teóricos claros – judicialização de ativismo judicial. Ficou demonstrado, por todo o exposto, que enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante, a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário mas decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional.

Do mesmo modo, foi nossa preocupação demonstrar – na linha do que vem sendo denunciado por Lenio Streck – que a ideia de ativismo judicial não foi recepcionada com o devido cuidado pela comunidade jurídica nacional. Para isso,



fizemos uma incursão na experiência americana da interpretação da Constituição, tendo como fio condutor a obra de Christopher Wolfe que demonstra como o modelo interpretativo reinante em terras estadunidenses saiu do âmbito de um originalismo interpretacionista para desaguar num modelo de *judge made Law*, bem à moda do realismo jurídico, e todas as implicações político-sociais que daí deriva. É importante notar como que essa atitude voluntarista do judiciário estadunidense não se encontra livre de oposição. Ao contrário, há uma série de contendas políticas que envolvem cada período interpretativo e que acaba por levar a uma discussão mais profunda sobre o papel do judiciário no âmbito da sociedade norte-americana.

Por outro lado, também a experiência alemã da chamada jurisprudência dos valores, representa algo que pode ser considerado “ativismo” judicial. Todavia, ao contrario das posturas mais extremadas do *judge made Law* estadunidense, os adeptos da jurisprudência da valoração procuravam encontrar, em alguma essência jurídica fora do “texto” da lei ou da constituição, uma referência de justiça. Tudo isso num contexto em que, como consta do artigo 20, seção III da Lei Fundamental de Bonn, procurava-se afirmar uma vinculação do juiz não apenas à lei, mas também ao Direito. Este “deslizar-se” da lei em direção ao direito – diferença entre *jus* e *Lex* – acabou por propiciar o surgimento desse tipo de argumento voltado à identificação de valores, no momento de interpretação da Constituição.

No Brasil, entretanto, o que se experimenta é uma espécie de simbiose – altamente explosiva – do modelo de jurisprudência da valoração alemã com o ativismo judicial estadunidense (como fica clara nas posições de Luis Roberto Barroso), o que tende a gerar uma série de problemas para a interpretação da Constituição de 1988.

Se, no contexto histórico do surgimento da CF/88, foi importe constitucionalizar direitos fundamentais e algumas outras matérias estratégicas tornando-as, portanto, judicializáveis, vivenciamos agora um momento em que precisamos ter clareza sobre o que é, realmente, resultado de um movimento de judicialização (da política ou das relações sociais) e o que representa uma postura ativista por parte do poder judiciário que, no Brasil, tende às vezes a formular textos novos para as normas Constitucionais (lembramos, aqui, da Rcl. 4335-AC e do caso Cesare Batisti, nos quais o STF, verdadeiramente, criou um novo texto para o art.



52, X e para a alínea “g” do inciso I do art. 102, ambos da CF). A judicialização, quando mantida em níveis aceitáveis pode até ser benéfica para a sobrevivência democrática das instituições e para a garantia efetiva do pacto constitucional. Já o ativismo representa sempre uma autorização indevida do judiciário na esfera da política. Sempre há uma boa causa a ser defendida por um juiz ativista. O problema é que, num contexto de pós-modernidade onde tudo se torna relativo, a determinação do bom e do mal, tornou-se ainda mais complicada. Como diz Guimarães Rosa – pela boca de Riobaldo, nosso filósofo do Sertão – “querer demais o bem e de incerto jeito, pode se estar fazendo o mal por principiar”. Assim, se é uma boa causa que queremos, optamos pela defesa intransigente da democracia e dos direitos fundamentais. Isso significa: menos ativismo e mais interpretação!

## REFERÊNCIAS

- BALL, David T. **The Historical Origins of Judicial Review-1536-1803. The Duty to Resist Tyranny.** New York: Edwin Mellen, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:** Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <[www.luisrobertobarroso.com.br/wp.content/themes/LBR/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp.content/themes/LBR/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <[www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2011.
- BERCOVICI, Gilberto, A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Brasília: **Revista do Senado Federal**, a. 36, n. 142, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da Concretização da Constituição de 1988. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e da Constituição na periferia do Capitalismo: Breves considerações críticas. In: NUNES, Antônio José de Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial, a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARDOZO, Benjamin N. **The Paradoxes of the legal science.** New York: Columbia University Press: 1928.
- COELHO, Inocêncio Martires. **Interpretação Constitucional.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.



- DAHL, Robert A. Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 252, set./dez. 2009, p. 25-43.
- DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GARCIA HERRERA, Miguel Angel. Poder Judicial y Estado social: Legalidad y Resistencia Constitucional. *In: Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/ago. 2009, p. 139-175.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The Common Law**. Boston: Little Brown, and Co., 1881.
- LAREZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**. v. 251. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: “Derecho Penal” del enemigo? *In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). Directo Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORO, Sérgio Fernando. A Corte Exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001a.
- MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001b.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre, Síntese, 1999.
- MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. *In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). Judicial Power and the Constitution*. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.





SILVA, Renato Jardim da. **A expressão do legítimo ativismo judicial**: decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores sociais hodiernos. Monografia (pós-graduação) – Escola Superior do Ministério Público. Brasília, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Jurídica e o Efeito Vinculante da Jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Separata, vol. LXXXII. Coimbra, 2006, p. 213-237.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de Excesso (Übermaverbo) à Proibição de proteção deficiente (Untermaverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Separata, vol. LXXX. Coimbra, 2004, p. 309.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1962

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações como Princípio da Segurança Jurídica. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 29.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O Constitucionalismo Garantista e a Leitura Moral da Constituição**: quais são as condições de possibilidade dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade? 2011, Inédito e no prelo.

TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Plácidos Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Jurisdicionalização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLFE, Christopher: **The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOODROW, Wilson. **Constitutional Government in the Unites States**. New York: Columbia University Press: 1908.