

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

CLARISSA TASSINARI

**ATIVISMO JUDICIAL**

*Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*

São Leopoldo

2012

CLARISSA TASSINARI

**ATIVISMO JUDICIAL**

*Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2012

T213a Tassinari, Clarissa

Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana / por Clarissa Tassinari. -- 2012.

139 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

Orientadora: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Ativismo judicial. 2. Judicialização da política. 3. Constitucionalismo. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 342.56

*Aos meus pais, Luiz e Terezinha Tassinari, pelo amor que  
sempre existiu entre nós.*

*Ao João Luiz e à Anna Laura, pelo muito que nos espera!*

## AGRADECIMENTOS

Entre a ideia que surge como reflexão e o despertar para o momento de desenhá-la nas páginas em branco dos novos capítulos que abrimos há um sinuoso caminho, que, para mim, à diferença da solidão silenciosa que exige a escrita concentrada, apresentou-se repleto de excelentes companhias. A estas pessoas, que em tantas ocasiões me ajudaram com o seu melhor, não há palavra mais bonita a ser dita senão *obrigada*. Agradeço muitíssimo, então...

... à minha família, em especial: à minha mãe, exemplo de força e coragem, por tanto incentivo, dedicação e carinho; ao meu pai, por tornar tudo isso possível e mais confortável para mim; à minha irmã Jacqueline, pelas noites mal dormidas e sua incansável disposição; às minhas irmãs Luciana e Ana Paula; ao meu irmão Luiz Marcelo; e à minha sobrinha Larissa.

... à minha querida madrinha que carinhosamente chamo de Paula, que lá do alto rochedo florido de Caxias do Sul, abraçou-me nestes últimos dias, fazendo-me sentir forte.

... ao professor Lenio, pela felicidade de tê-lo conhecido, pela confiança que me deixou tranquila para elaborar este trabalho e por tudo que pude aprender durante estes mais de seis anos sob sua orientação.

... aos professores com quem pude conviver durante esta jornada, em especial: à Daniela Cademartori, pelas inúmeras vezes que sentamos para conversar, por sua generosidade e por me inspirar com seu jeito sereno e doce; à Sandra Vial, por, mesmo distante, estar sempre perto; à Fernanda Frizzo Bragato, por ter me introduzido em sala de aula, pelas indicações de leituras e por sua amizade querida; a Jose Luis Bolzan de Moraes, por, ainda na graduação, ser o começo de tudo; a Alexandre Moraes da Rosa, pelo constante diálogo, carinho e atenção; e a André Luís Callegari, por, na qualidade de coordenador do curso, ter confiado em mim ao conceder-me a bolsa.

... à família que escolhi como minha ao morar em São Leopoldo: Rafael Tomaz de Oliveira, Ariel Koch Gomes e Danilo Pereira Lima, pela acolhida e pelo muito que pude aprender em convivência diária com cada um deles.

... à amiga que tenho como irmã, Marina Ramos Dermmam, por, junto com sua família, sempre me dar apoio, estando disposta a me ajudar e, principalmente, a me ouvir.

... aos amigos com quem sempre pude contar: Francisco José Borges Motta e Pedro Guilherme Augustin Adamy; e a André Karam Trindade, por ter me incentivado a seguir firme por estes caminhos, desde o primeiro dia.

... aos colegas de curso, meus amigos e amigas queridos: Bruna Lima, Julia Lafayette, Roberta Lofrano Andrade, Elias Jacob, Francisco Nunes, Suelen Webber, Dalton Sausen e Gustavo André Olsson.

... ao *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, em sua especial composição: Santiago Arthur Berger Sito, Rafael Köche, Fabiano Müller e Lucas Fogaça.

... à Vera Loebens, por acompanhar de perto a minha trajetória, auxiliando-me nas mais diversas questões, formando uma gratificante parceria.

*Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.*

(Fernando Pessoa)

## RESUMO

Acompanhando uma tendência mundial, o constitucionalismo brasileiro é caracterizado pelo acentuado papel da jurisdição na definição das controvérsias sociais e políticas. Neste contexto, a atuação de juízes e tribunais passa a ser compreendida sob um duplo viés: como judicialização da política ou ativismo judicial. O objetivo deste trabalho é, ao diferenciar estes dois modos de conceber a atividade jurisdicional – considerando o primeiro como um fenômeno contingencial e inexorável, e o segundo como uma postura que decorre de um ato de vontade do julgador –, colocar em xeque a afirmação de que é necessário a existência de um Judiciário ativista para concretizar direitos no Brasil, posicionamento que predomina no âmbito da doutrina constitucional do país. Para tanto, o caminho a ser percorrido passa por uma retomada dos contributos apresentados pelas teorias jurídicas e políticas norte-americanas, tendo em vista as influências que passaram a exercer no âmbito do direito brasileiro e o amplo debate realizado sobre o tema nos Estados Unidos, desde o estabelecimento do controle de constitucionalidade (em 1803). Sob esta perspectiva, serão demonstradas as consequências da incorporação equivocada que houve no Brasil do ativismo judicial estadunidense, evidenciando a importância de se observar o distanciamento provocado pelas peculiaridades que há entre estas duas tradições jurídicas. Tudo isso conduzirá, ao fim, à afirmação do perfil ativista do Judiciário como um problema ao constitucionalismo democrático, que somente pode ser enfrentado em face da existência de uma teoria da decisão judicial, tal qual a desenvolvida pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck, que, em uma imbricação de Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, culmina na afirmação da necessidade de respostas corretas no Direito, compreendidas como decisões judiciais constitucionalmente adequadas.

Palavras-chave: ativismo judicial. judicialização da política. constitucionalismo.

## ABSTRACT

Following a worldwide tendency, Brazilian constitutionalism is characterized by the important role of the Judicial power in defining social and political controversies. In this context, the role of judges and courts can be understood as twofold: as judicialization of politics or judicial activism. This study intends to question the assertion that is necessary to have an activist judiciary to confer rights in Brazil, which is a predominant position within the constitutional legal scholarship by differentiating these two ways of conceiving judicial review – the first as a contingent and inexorable phenomenon, and the second as a posture that results from an act of will of the judge. To achieve this purpose, the study inquires the revival of American legal and political theories, that influenced Brazilian law, alongside the extensive/comprehensive debate on the subject in the United States since the establishment of judicial review (in 1803). Within this perspective, the study elaborates on the consequences of this mistakenly incorporation of American concept of judicial activism in Brazil, highlighting the importance of observing the peculiarities caused by the distance that exists between these two legal traditions. Finally, this will lead to the assertion that an activist judiciary represents a problem to democratic constitutionalism, which can only be tackled with a theory of judicial decision, as developed by the Hermeneutical Critics of Law (HCD) developed by Lenio Streck, with an overlapping of Hans-Georg Gadamer and Ronald Dworkin, culminates in the premise of the necessity of right answers in law, understood as constitutionally adequate judgments.

Keywords: judicial activism. judicialization of politics. constitutional law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O ESTADO DA ARTE DA QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO ATUAL DAS TEORIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS.....</b>	<b>13</b>
2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CRITÉRIOS PRELIMINARES PARA UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO .....	16
2.1.1 A judicialização da política.....	17
2.1.2 O ativismo judicial.....	22
2.1.3 Apontamentos necessários para estabelecer as bases para a compreensão .....	25
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO UM PROBLEMA CONTEMPORÂNEO .....	26
2.2.1 O pós-guerra, as Constituições Dirigentes e os Tribunais Constitucionais como causas remotas da “Expansão Global do Poder Judiciário” .....	27
2.2.2 O aumento da litigiosidade como um fenômeno das sociedades contemporâneas e suas consequências para a questão do chamado acesso à justiça.....	33
2.2.3 A crise da democracia e a ascensão de uma (possível) juristocracia .....	37
2.3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO “ATO DE VONTADE” DO PODER JUDICIÁRIO .	42
2.3.1 A questão da vontade na Teoria Pura de Hans Kelsen.....	44
2.3.2 Decidir e desejar: Antoine Garapon e o “guardião de promessas” .....	47
2.3.3 Vontade e poder: associações norte-americanas .....	50
<b>3 AS RAÍZES NORTE-AMERICANAS DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>52</b>
3.1 NOTAS SOBRE O SISTEMA NORTE-AMERICANO .....	53
3.1.1 A formação da <i>common law</i> : o afastamento de uma tradição assentada no predomínio da lei .....	54
3.1.2 Jurisdição norte-americana e <i>case law</i> : as origens do controle de constitucionalidade ( <i>judicial review</i> ) .....	57
3.1.3 O sistema de vinculação das decisões judiciais: a teoria dos precedentes.....	60
3.2 A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS E A POLÊMICA EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DOS CHAMADOS “DIREITOS ABSTRATOS” .....	64
3.2.1 A interpretação dos direitos e a polaridade entre direitos enumerados e não enumerados .....	65

3.2.2 A “constituição invisível” (Laurence Tribe) .....	70
3.2.3 As “eras sobre a interpretação da Constituição”: o crescimento do <i>judicial review</i> .....	73
3.3 TEORIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS SOBRE O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL .....	76
3.3.1 Robert Dahl: a ficção da Suprema Corte como um órgão jurídico que decide questões políticas .....	77
3.3.2 Ran Hirschl: “as três faces da política judicializada” .....	79
3.3.3 Mark Tushnet: a Constituição afastada das cortes, próxima do povo .....	82
3.3.4 Christopher Wolfe: ativismo e preferências judiciais .....	84
3.3.5 Ronald Dworkin: o Direito como um conceito interpretativo.....	85
3.4 BALANÇO INTERMEDIÁRIO: UM DIÁLOGO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS .....	88
<b>4 ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA: CONTRIBUTOS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) DE LENIO STRECK.....</b>	<b>92</b>
4.1 OS DESAFIOS IMPOSTOS AO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO PELO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	94
4.1.1 Desafio número um: o enfrentamento das recepções teóricas equivocadas.....	96
4.1.2 Desafio número dois: a superação da discricionariedade judicial.....	100
4.1.3 Desafio número três: a preservação da autonomia do direito.....	102
4.2 OS REFLEXOS DO ATIVISMO NA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS.....	105
4.2.1 O emprego da expressão ativismo judicial no âmbito dos tribunais brasileiros ...	105
4.2.2 O caso do art. 52, X da Constituição Brasileira: mutação constitucional? .....	110
4.2.3 O caso da ADPF 178: hermenêutica constitucional? .....	113
4.3 RESPOSTAS AO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD).....	116
4.3.1 A defesa intransigente da Constituição a partir de uma nova teoria das fontes ...	117
4.3.2 O papel dos princípios no contexto de uma nova teoria da norma: indicações para uma teoria integrativa do direito .....	119
4.3.3 Uma nova teoria da interpretação: a construção de uma teoria da decisão judicial como condição para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas (corretas) .....	123
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>128</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No atual cenário jurídico, a atuação do Poder Judiciário aparece como um dos temas que cada vez mais ganha destaque. Sob os mais diferentes enfoques, o exercício da jurisdição assumiu, gradativamente, o centro do debate jurídico por todo mundo. Em outras palavras, a abordagem que outrora poderia ser observada (e considerada) como própria das experiências norte-americana e inglesa (ou, ainda, específica do sistema da *common law*), na contemporaneidade, atinge abrangência muito maior, constituindo o cerne da questão envolvendo a concretização de direitos nas tradições de diversos países, inclusive daqueles fundados sob os pilares da *civil law*.

Com isso, tem-se que, agregado às transformações pelas quais passa a teoria constitucional – muitas das quais consolidam significativos avanços, é importante referir –, predominantemente, mesmo no Brasil, aparece o *elemento jurisdicional do Estado* vinculado a expressões como “*global expansion of Judicial Power*” (Neal C. Tate e Torbjörn Vallinder), “*juristocracy*” (Ran Hirschl), “*judge-made law*” (Christopher Wolfe), “*governing with judges*” (Alec Stone Sweet), “*judicial activism*”, dentre outros possíveis termos que, na relação entre os Poderes, dão ênfase ao Judiciário. Ou seja, o (novo) constitucionalismo (que, para muitos, consolidou o que ficou conhecido como “*posturas neoconstitucionalistas*”), majoritariamente, é articulado e, por vezes, identificado por um protagonismo da atividade jurisdicional, mesmo em sistemas que estão assentados, em sua origem, no direito legislado. Sob esta perspectiva, no Brasil, para melhor situar e fixar os pontos introdutórios que contextualizam o surgimento da proposta deste trabalho, parcela considerável dos juristas (e, inclusive, dos membros que compõem o Judiciário) começa a conceber a jurisdição a partir de dois principais *pressupostos* – pela via do ativismo judicial e/ou da judicialização da política.

Neste ponto, a utilização da palavra *pressuposto* não é aleatória: ela se atribui ao fato de que a teoria do direito assimilou (de modo praticamente instantâneo) o perfil ativista do Judiciário, tomando-o como *ponto de partida* para a composição do cenário jurídico, isto é, considerando esta característica como algo inerente, *pressuposta*, portanto. Assim, pouco se tem percebido que não basta afirmar (defender ou constatar) a existência do ativismo judicial (ou, também, da judicialização da política), mas é imprescindível que se demonstre *como* conjugar os elementos – *constitucionalismo-Judiciário-política-ativismo*, citando, aqui, apenas os principais – que perpassam estas duas concepções, problemática que, aliás, vem sendo debatida há mais de duzentos anos nos Estados Unidos, desde o julgamento do caso

*Marbury versus Madison* (em 1803), que deu origem ao controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*). Em outras palavras, no Brasil, poucos têm sido os esforços voltados para elaborar um quadro com sustentabilidade teórica que dê conta de compor todos os matizes necessários para consolidar uma *teoria judicial* que esteja *adequada ao Estado Democrático de Direito*, com todos os seus indispensáveis desdobramentos.

Não se pode deixar de referir que a elaboração deste trabalho está inserida no âmbito das pesquisas realizadas pelo grupo “*Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos*”, vinculado à linha de pesquisa “*Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos*” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Deste modo, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck apresenta-se como fundamento teórico destas reflexões, que, por sua vez, está sustentado no método hermenêutico-fenomenológico, através do qual torna-se possível fazer uma reconstrução histórico-institucional do papel da jurisdição constitucional no Brasil, a partir de uma postura voltada ao questionamento e, por consequência, de uma revisão dos temas centrais da tradição.

Assim, o ponto de partida será o estabelecimento de critérios preliminares para diferenciar a judicialização da política e o ativismo judicial, distinção esta que conduzirá o desenvolvimento dos demais capítulos que irão compor este trabalho (2.1). A partir disso, serão aprofundados os principais elementos que compõem estes dois modos de compreender a atuação jurisdicional, apontando, primeiramente, a judicialização como um problema contemporâneo decorrente de diversas transformações sociais, políticas e jurídicas (2.2) e, posteriormente, abordando o perfil ativista de juízes e tribunais como uma questão de postura dos julgadores na tomada de decisão (2.3).

O segundo passo, por sua vez, consistirá em revisitar a experiência do constitucionalismo norte-americano, o que ocorrerá sob três perspectivas: a abordagem voltada às principais características do sistema jurídico estadunidense (3.1), a apresentação da polêmica interpretativa gerada em torno dos direitos constitucionais (3.2) e a referência aos posicionamentos de algumas teorias políticas e jurídicas surgidas nos Estados Unidos, que direcionam seus estudos à questão do papel da Suprema Corte ou, em linhas gerais, do Judiciário (3.3).

Ao fim, a partir da realização de um balanço intermediário, consistente na abertura de um espaço de diálogo entre Brasil e Estados Unidos (3.4), será apresentada a Crítica Hermenêutica do Direito ao ativismo judicial *à brasileira*. Neste sentido, serão desenvolvidos os principais desafios ao Direito em face desta crescente judicialização (4.1), bem como analisadas as repercussões do ativismo no âmbito da prática de juízes e tribunais (4.2). Como

encerramento, serão apontadas respostas ao problema do protagonismo judicial, sob os aportes teóricos do Constitucionalismo Contemporâneo de Lenio Streck (4.3).

Considerando o que foi acima exposto, tematizar o Poder Judiciário apresenta-se como um *imperioso desafio* na atual conjuntura. Neste sentido, é na tentativa de empreender um estudo que possibilite *lançar luzes sobre pontos até então obscurecidos* que se projeta este livro. Mais especificamente, trata-se de uma busca pela possibilidade de *decompor* determinados conceitos existentes acerca da atuação jurisdicional, analisando-os sob o viés de uma teoria democrática do Direito.

## 2 O ESTADO DA ARTE DA QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO ATUAL DAS TEORIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

1803. Estados Unidos da América. Na discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do *Chief Justice* Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É *declarada inconstitucional*, portanto, a seção 13 do *Judiciary Act* – que atribuía competência originária à Suprema Corte para tanto –, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no *Article III*.<sup>1</sup> Com isso, *por uma decisão judicial* no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (*judicial review*) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso.<sup>2</sup> Dá-se início, assim, às discussões sobre *ativismo judicial* em solo norte-americano.

1988. Brasil. Ápice do denominado *processo de redemocratização* que rompeu com o período ditatorial no país, é promulgada a Constituição Federal da República Brasileira.<sup>3</sup> O texto constitucional apresenta um numeroso rol de direitos (especialmente de cunho social) garantidos aos cidadãos. Reunindo a forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da fundação da República (em 1890) com o modelo implantado pela Emenda Constitucional n. 16/65, é prevista, textualmente, a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Constituição. A partir disso, começam os primeiros debates sobre *ativismo judicial* no país.

1905. Estados Unidos da América. Um padeiro (Lochner) reclama judicialmente a limitação da carga horária de trabalho fixada por lei pelo Estado de Nova Iorque (dez horas

<sup>1</sup> Mais informações sobre o caso *Marbury vs. Madison* podem ser obtidas no seguinte texto: LEVY, Leonard W. *Marbury v. Madison*. In: \_\_\_\_\_; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**: selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990. pp. 15-20.

<sup>2</sup> Laurence Tribe inicia o capítulo em que trata do “*Federal Judicial Power*” justamente abordando detalhadamente o referido caso. De início, o autor afirma: “*Marbury* is the first case in which the Supreme Court asserted that a federal court has power to refuse to give effect to congressional legislation if it is inconsistent with the Court’s interpretation of the Constitution. The Constitution does not expressly confer such a power upon the federal courts”. TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 3<sup>th</sup> Edition. New York: Foundation Press, 2000, v. 1. pp. 207-208.

<sup>3</sup> A respeito do processo constituinte brasileiro, ver a obra: PILATTI, Adriano. **Constituinte de 1987-1998**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

diárias e sessenta horas semanais). O caso chegou à Suprema Corte, que, sob a influência de um capitalismo *laissez-faire*, decidiu que a lei em discussão violava a liberdade contratual. Desse modo, ficou assentado que nem o Estado de Nova Iorque estaria autorizado a fixar as horas máximas da jornada de trabalho, tampouco a Corte poderia tomar certas decisões com o fito de regular políticas de bem-estar. O caso *Lochner v. New York* é considerado um marco na história da Suprema Corte e uma de suas mais notáveis atuações. A decisão da Corte norte-americana apresenta uma dupla face: *interfere na política legislativa* do Estado de Nova Iorque, ao impedir que ele legisle para estabelecer limites às horas laborais, mas o faz pela via de uma *postura conservadora*, de não intervenção na esfera privada dos indivíduos.<sup>4</sup>

2007. Brasil. O Supremo Tribunal Federal é provocado, pela via do instituto da Reclamação Constitucional (4.335/AC), sobre a possibilidade de extensão, para outro caso, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo que veda a progressão de regime penal para crimes hediondos, proferida em sede de controle difuso, no julgamento do HC 82.959/SP. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro traz como regra a atribuição do efeito *inter partes* para a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa. Pelo art. 52, X, a Constituição Brasileira expressamente prevê a competência do Senado Federal para atribuir efeito *erga omnes* nestes casos. Resultado parcial do julgamento: a título de mutação constitucional, os votos de dois ministros do Supremo Tribunal Federal atribuem efeito *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso e, em uma leitura que vai contra o texto constitucional, afirmam que ao Senado cumpre, apenas, o papel de dar publicidade à decisão.<sup>5</sup>

Dois países. Diferentes tradições jurídicas. Contextos históricos distintos. Realidades díspares. Estados Unidos da América e Brasil – o que há de comum nas quatro situações acima descritas? Todas elas, apesar das peculiaridades e distanciamentos (seja temporal, territorial ou cultural) que podem apresentar, aproximam-se em função de um elemento compartilhado: têm como objeto a atuação do Poder Judiciário.

A escolha dos relatos acima realizados possui um papel estratégico para a realização das reflexões acerca deste tema. Os dois primeiros dizem respeito à descrição das

---

<sup>4</sup> O caso *Lochner v. New York* é tratado no livro de Laurence Tribe, sobre o qual o autor afirma: “In such universe, the conduct of federal judges in policing preconceived limitations on governmental powers came to be viewed ever more broadly as an exercise in *will* rather than a study in logic, and the invisible hand of reason became instead the all too visible hand of entrenched wealth and power”. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**, op. cit. p. 13. (grifo nosso)

<sup>5</sup> Lenio Streck, Marcelo A. Cattoni de Oliveira e Martonio M. Barreto Lima apresentam uma aprofundada crítica a este posicionamento de alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no artigo: A nova compreensão do STF sobre o controle difuso de constitucionalidade: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, pp. 37-58. 2007.

circunstâncias que deram origem, no Brasil e nos Estados Unidos, a um efetivo controle de constitucionalidade, demonstrando, assim, qual o contexto que possibilitou o surgimento das controvérsias acerca da atividade jurisdicional em ambos os países. Por sua vez, os dois outros seguintes casos foram selecionados, pois consistem em significativas manifestações da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal, que apresentam uma diferença de postura no modo de compreender os limites de atuação do Judiciário (uma *conservadora*/de não intervenção – a estadunidense; outra *progressista*/de alteração do texto constitucional via Judiciário – a brasileira), mas, ao mesmo tempo, revelam uma unidade de critério (na medida em que ambas possuem cunho político). Assim, é com uma pequena amostra de alguns acontecimentos que marcaram o exercício da jurisdição constitucional nas experiências norte-americana e brasileira que se abre o *primeiro capítulo* sobre um importante e necessário debate contemporâneo – o problema do *ativismo judicial*.

Como é possível perceber, nos Estados Unidos, país onde surgiram as primeiras reflexões sobre este tema, a discussão a respeito do ativismo judicial é realizada desde 1803, ou seja, há pelo menos dois séculos que a doutrina norte-americana vem enfrentando tal problemática. O contexto brasileiro, todavia, apresenta um diferencial a respeito disso, pois o crescimento e a intensidade da participação do Judiciário, no Brasil, apenas ocorreu a partir da Constituição de 1988, quando, rompido com a ditadura militar, criou-se um ambiente propício – democrático, portanto – ao desenvolvimento da ideia de concretização de direitos aos cidadãos. Em outras palavras, foi somente com a noção de *constitucionalismo democrático* – e justamente em razão disso – que se começou a pensar a atuação do Judiciário a partir de uma perspectiva ativista.

Desse modo, sob a influência da doutrina estadunidense, a questão envolvendo o ativismo da magistratura ganhou papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um *rigoroso debate acadêmico*), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade.

Isso quer dizer que se forjou um ambiente em que, raras exceções, doutrina, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria da

jurisdição. Ou seja, majoritariamente, a atuação ativista do Judiciário é apresentada como *pressuposta*, considerada uma “solução”<sup>6</sup> para os problemas sociais ou “uma etapa necessária e indispensável”<sup>7</sup> para o cumprimento do texto constitucional. Manifestações como estas demonstram exatamente a dramaticidade do problema a ser enfrentado.

Neste contexto, é preciso que alguns pontos fundamentais sobre o tema sejam colocados sob reflexão. *Primeiro*, importa realizar a necessária diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, delimitando-se, assim, os marcos conceituais que guiarão este estudo na caracterização destes dois fenômenos. *Segundo*, aprofundar o tema da judicialização, detectando os acontecimentos que podem ser apontados como causas para o surgimento deste tendente apelo à jurisdição. E, por fim, *terceiro*, a partir de tudo isso, será retomada a questão das posturas ativistas, identificando o elemento central que distancia este dois modos de compreender a atuação jurisdicional.

## 2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CRITÉRIOS PRELIMINARES PARA UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO

Ao longo dos tempos, o Poder Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. Neste sentido, a promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de uma *radical* modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Em resumo, é possível afirmar que, a partir disso, duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização política.

---

<sup>6</sup> A expressão é de Luís Roberto Barroso, que, apesar de alertar para os problemas que o ativismo judicial pode gerar, afirma, como nota final de seu artigo, que “[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 290.

<sup>7</sup> Embora L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho dedique uma parte de seu artigo para a importância de se preocupar com as questões do ativismo judicial e com a fundamentação das decisões na linha do que propõe Lenio Streck, o autor acaba por assumir certo fatalismo, afirmando que: “[...] não há como negar que a jurisdicionalização da política, a proeminência do Judiciário e o ativismo judicial são etapas necessárias e indispensáveis para a concretização de direitos previstos na Constituição. De onde está, não há mais volta”. CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial – uma perspectiva interdisciplinar. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 273.

Não se pode negar que tanto uma quanto a outra são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura. E, mesmo afirmando a necessidade de se realizar uma diferenciação entre ambas, não seria equivocada estabelecer tal característica como um ponto de partida comum à abordagem destes dois temas. Como já referido, isso não se revela como problemático – a não ser que tal afirmação conduza à equivocada compreensão de que, ao falar em judicialização da política ou ativismo judicial, esteja-se tratando do mesmo fenômeno.

Com efeito, é preciso diferenciar para compreender. Para além disso, em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão-somente a um produto das decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro. Apesar disso, da importância que assume explorar a problemática na contemporaneidade, parcela considerável da doutrina insiste em fazer uma abordagem que apresenta pouco esclarecimento, senão nenhuma diferenciação entre estas duas possíveis facetas da jurisdição. Assim, o *primeiro passo* para situar o problema envolvendo o ativismo judicial no Brasil é possibilitar sua dissociação do que se entende como judicialização da política.

### 2.1.1 A judicialização da política

A resposta para a pergunta do que seja a judicialização da política passa, de início, pela percepção que se está a tratar da interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário. Por certo, a própria noção de constitucionalismo, nas suas mais variadas acepções, seja como conjunto de mecanismos normativos e institucionais de um sistema jurídico-político que organizam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>8</sup>; como tipo ideal para refletir sobre a realidade histórica de uma nação e trazer à luz elementos da experiência política (mormente aqueles ligados à consagração de instrumentos e técnicas de limitação do exercício do poder político)<sup>9</sup>; ou como oposição a governo<sup>10</sup>, dentre

---

<sup>8</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul/dez. 2003.

<sup>9</sup> É nesse sentido o posicionamento de Nicola Matteucci: “[...] con ‘constitucionalismo’ se indica no tanto um período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un ‘tipo ideal’ para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría

outras possíveis explorações do termo, demonstra, assim, o modo como se dá a articulação entre o Direito e a Política. Mais especificamente, o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.

Este assunto é retratado por Friedrich Müller, que, na abertura de um de seus textos, com fundamento em Rousseau, afirma: “direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o ‘decisionismo’”<sup>11</sup>. O posicionamento de Müller toca justamente em um ponto que é central para se compreender a importância de se distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. Isso porque, com tal frase, o autor não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que esta relação não está vinculada a um decisionismo. Ou seja, do mesmo modo que Müller não precisa compactuar com o decisionismo (ou com o ativismo judicial, é possível acrescentar) para afirmar o elo existente entre Direito e Política, ele também não necessita negar a existência de uma imbricação entre Direito e Política para evitar a postura decisionista (ativista) do Judiciário.

No fundo, com isso, não se está apenas afirmando que o Direito e a Política se inter-relacionam, mas se está negando que a Política seja o elemento catalizador do decisionismo no Direito. Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o *elemento político* do Direito. E é exatamente esta questão que gera as maiores dificuldades de conceber a judicialização da política e o ativismo judicial como manifestações de fenômenos distintos que podem ser atribuídos à atividade jurisdicional.

Não se pode esquecer que, da mesma forma que a relação Direito e Política possibilita uma leitura como a que foi acima exposta, também a Política, quando considerada um fator externo de incidência eventual no âmbito jurídico, dá azo a posicionamentos diametralmente opostos. Neste sentido, se a Política deixa de ser a *mola propulsora* para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de *argumento corretivo* do Direito, o que usualmente ocorre pela via judicial, e, então, ela acaba sendo considerada aquilo que Lenio Streck denomina de “predador externo da autonomia do

---

analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política [...]” MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Editora Trotta, 1988. p. 23.

<sup>10</sup> Essa ideia de constitucionalismo está vinculada à distinção existente entre direito – império das leis – e poder – governo dos homens. No fundo, o que se apresenta aqui é o constitucionalismo como um movimento político-ideológico que procura criar mecanismos para limitação do exercício do poder político. Limitação essa que se caracteriza e se define na ideia de *império da lei*, em contraposição a uma vontade política soberana daquele que exerce o poder político. Sobre o tema, ver: MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto (Org.) et al. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 256.

<sup>11</sup> MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. et al. (Orgs.). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. xi.

Direito”<sup>12</sup>. Mais uma vez, vale a pena referir: é por causa deste último perfil que assume a articulação entre Direito e Política que ativismo judicial e judicialização da política tendem a ser confundidos.

Veja-se, por exemplo, como tal problemática é tratada por Luís Roberto Barroso. O autor afirma existir uma dualidade na relação Direito e Política. Haveria, assim, uma situação de *autonomia relativa*: o Direito apresenta a ambiguidade de, ao mesmo tempo, ser e não ser Política. Neste sentido, o Direito *não é* política, porque não se pode submeter “a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder”<sup>13</sup>. Entretanto, o direito *é* política, na medida em que:

(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua *subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula*.<sup>14</sup>

A partir disso, o primeiro ponto a ser mencionado é que o posicionamento de Barroso revela-se contraditório, sendo difícil encontrar nele maiores esclarecimentos sobre o papel da Política no Direito. Isso ocorre principalmente porque da forma como foi exposto, em *sendo* o Direito Política, mas também em *não o sendo*, pela leitura do autor, a Política ganha uma acentuada carga de subjetivismo. Essa questão termina por refletir diretamente no propósito de seu texto: embora o artigo de Barroso seja por ele elaborado com a finalidade de realizar a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, de fato, ele não possibilita tal distinção.

Para o autor, a judicialização da política, no Brasil, é forjada por um contexto marcado por três fatores: redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade (que mistura as modalidades difusa e concentrada). Desse modo, este fenômeno aparece como característica inexorável, “um fato”,

---

<sup>12</sup> Para Lenio Streck, o Direito possui uma autonomia, que tende a ser abalada por dois tipos de predadores: externos e internos. Como exemplo de predadores externos, tem-se: a Política, a Moral e a Economia. Para o autor: “Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’ (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?)”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 370.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 285. Destaca-se que a obra de Luís Roberto Barroso é utilizada aqui como espécie de *texto-médio*, no sentido de que o imaginário jurídico acaba sendo conformado por posicionamentos como o deste autor.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 285 (grifos nossos).

decorrente das transformações ocorridas no direito brasileiro com o surgimento da Constituição de 1988.<sup>15</sup> Nesta linha, o contraponto entre judicialização da política e ativismo judicial dar-se-ia em função da diferença existente nas causas que lhes deram origem.

Assim, identificando o ativismo judicial como “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance” ou como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”, para Barroso, é possível apontar três “condutas” que lhe caracterizam, a seguir sintetizadas: aplicação direta da Constituição (mesmo diante da inexistência de disposição legislativa), declaração de inconstitucionalidade (com base em critérios menos rígidos) e imposição de condutas ao Poder Público. Nestes termos, o ativismo, para ele, nada mais é do que “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.<sup>16</sup>

O problema é que os elementos que Barroso elenca como caracterizadores do ativismo, no atual paradigma constitucional, devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições. Isso porque, nesta quadra da história, já não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais (embora, por diversas vezes, isso ainda não seja adequadamente praticado, dando origem ao que Lenio Streck chama de “baixa constitucionalidade”<sup>17</sup>). Ou seja, por estes critérios acima apontados, não há como se compreender a distinção entre ativismo e judicialização da política.

Apesar de tudo isso, não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.<sup>18</sup> É,

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 276-277.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 279-280.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>18</sup> De acordo com Lenio Streck: “Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições.

portanto, por este caminho que podem ser fixados os primeiros pontos visando a demonstrar as diferenças entre os dois temas em questão.

Neste sentido, sobre o tema da judicialização, Vanice Regina Lírio do Valle acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.<sup>19</sup> Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados.

Outro autor que é conhecido por tratar da questão da judicialização é Luiz Werneck Vianna. Na obra em que escreve em coautoria com demais juristas, ele afirma que este assunto está situado no âmbito daquilo que pode ser chamado de *publicização* da esfera privada.<sup>20</sup> De acordo com o entendimento dos autores, as novas Constituições, a remodelagem do Estado, bem como a existência de novos direitos (como os difusos) acabaram criando uma nova relação entre os Poderes, em que o Judiciário deixa de ser um poder inerte e alheio às transformações sociais. Como é mencionado:

[...] a democratização social [...] e a nova institucionalidade da democracia política, [...] trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.<sup>21</sup>

É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise

---

É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 190.

<sup>19</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

<sup>20</sup> “[...] o que se constata é que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma *crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da vida privada*”. VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 22.

contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido.

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.

### 2.1.2 O ativismo judicial

Como já mencionado, a doutrina brasileira concebeu as transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988 através da constatação da ocorrência de “uma ampliação do papel político-institucional do STF”<sup>22</sup>. Com isso, agregada à questão da existência de uma judicialização da política, houve o reconhecimento de uma vinculação entre Direito e Política. Esta circunstância repercutiu sobremaneira na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, ocasionando, por esta via, a propagação de um ativismo judicial. Ocorre que este foi um tema que passou a ser enfrentado sob diversas perspectivas, o que gerou certa fragmentariedade na compreensão do que seja o ativismo.

Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a)* como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b)* como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c)* como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d)* como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*. Na verdade, o que se

---

<sup>22</sup> VILHENA, Oscar V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), pp. 441-464, jul./dez. 2008.

pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo.

Para ilustrar o que foi mencionado acima, Elival da Silva Ramos, na obra “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”<sup>23</sup>, livro cuja tese rendeu ao autor a aprovação no concurso para professor titular da Universidade de São Paulo – USP, identifica que o problema do ativismo envolve, pelo menos, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito. Para o autor, a problematização do ativismo judicial traz como pano de fundo uma busca pela legitimidade do controle de constitucionalidade, que, para ele, ocorre por uma via externa – axiologicamente –, de modo que “o que caberia discutir é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia”.<sup>24</sup>

De fato, ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa *colocar o exercício da jurisdição à prova*. A questão é que há uma meia verdade nesta afirmação, pois somente é possível considerá-la correta se compreendida que esta legitimidade da jurisdição constitucional dá-se em termos de um efetivo controle das decisões judiciais, isto é, se as atenções estarem voltadas para as respostas dadas pelo Judiciário e não apenas para compreender se o exercício do controle de constitucionalidade é coerente com a existência de um Estado Democrático.

Isso porque, à distinção da polêmica gerada em solo norte-americano sobre a possibilidade de controlar a constitucionalidade das leis e de atos administrativos, no Brasil, não há como questionar o papel contramajoritário exercido pelo Judiciário, pois isso foi superado em face do processo constituinte de 1988, que justamente estabeleceu papel estratégico aos juízes e aos tribunais, ao prever textualmente a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade. Ou seja, o controle de constitucionalidade brasileiro justamente deriva do pacto democrático firmado pela Constituição de 1988. Em face disso, só importa discutir o controle de constitucionalidade se debatido em que termos ele ocorre. Neste sentido, pode-se dizer que alcança sua legitimidade se concretiza a Constituição, atribuindo às

---

<sup>23</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>24</sup> Transcrevo o posicionamento de Elival da Silva Ramos: “[...] a questão da legitimidade (axiológica) do controle jurisdicional de constitucionalidade, que é externa à argumentação estritamente dogmática (juízo de validade formal e de eficácia jurídica), passa a ter por foco não a jurisdição constitucional em si e sim a própria Constituição que a consagra: em suma, o que caberia é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia”. Ibidem, p. 25.

demandas respostas constitucionalmente adequadas; em contrapartida, um controle que se faz a partir da vontade ou da consciência do intérprete não representa uma concretização do texto constitucional, mas, sim, o seu desvirtuamento.

Sob outro viés, Marcos Paulo Verissimo afirma que o atual contexto jurídico consolidou o que ele denomina de um “ativismo judicial (‘à brasileira’)”. Segundo este autor, o perfil ativista do Judiciário, que apresenta peculiaridades em relação às demais tradições jurídicas, foi engendrado em um ambiente marcado por duas principais transformações pelas quais passa o Supremo Tribunal Federal: o incremento de seu papel político e a sobrecarga no volume de trabalho. Esta noção de aumento do volume de trabalho, que, no fundo, é um problema de maior acesso ao Judiciário, é desdobrada por Verissimo na observação de que, no direito constitucional brasileiro, há uma ausência de

mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência e de escolha (fundamentada, mas com alguma dose de discricionariedade no julgamento) das hipóteses de exercício formal da competência recursal em sede de controle difuso, o que gera “uma certa sensação de descontrole”.<sup>25</sup>

Neste aspecto, o ativismo judicial passa a ser identificado por uma *questão numérica*, isto é, para Verissimo, do processo de judicialização decorre um [...] “Judiciário ‘ativista’, que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas”. Em resumo, trata-se do exercício de um efetivo controle de constitucionalidade, que, apesar de existente desde a fundação da República, não havia sido exercido. Aqui, a discussão sobre o ativismo judicial aparece em torno do exercício do controle de constitucionalidade (sobre a política parlamentar) – função precípua, diga-se de passagem –, sem que se esteja preocupado com o modo (ou em que termos) este controle de constitucionalidade é exercido, o que demonstra a confusão que é feita pelo autor entre judicialização e ativismo: no fundo, esta questão da “sobrecarga do volume de trabalho” apontada por Verissimo como causa para o ativismo é o elemento que compõe a noção de judicialização da política, considerada como um fenômeno social que não decorre de uma postura/atuação dos membros do Judiciário.

Mas também é preciso referir que o autor identifica o ativismo judicial com o controle incidente sobre as “políticas de ação social do governo”. Este, sim, é um ponto sensível da discussão sobre o ativismo judicial, porque é justamente para evitar que o Judiciário assumira funções de governo que surge a necessária crítica ao ativismo judicial. Contudo, o problema é que abordagens como a que é feita por Verissimo coloca a questão tão-somente sob o prisma do exercício do controle de constitucionalidade sobre a administração (ou sobre o

---

<sup>25</sup> VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), pp. 407-440, jul./dez. 2008. p. 422.

Legislativo), sendo que o problema fundamental não é que seja averiguada a constitucionalidade da atuação dos demais Poderes, mas saber *como* se dá este controle (revisão judicial).

### 2.1.3 Apontamentos necessários para estabelecer as bases para a compreensão

Na obra coletiva “Diálogos institucionais e ativismo”, escrita pelo grupo de pesquisa Novas Perspectivas da Jurisdição Constitucional (sucessor do Laboratório de Análise Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal), o ativismo judicial é identificado como um “processo político-institucional” pelo qual se assume “um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia”.<sup>26</sup> Além disso, através de pesquisas que consistiam em analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal, desenvolvidas anteriormente pelo grupo, é possível afirmar que sua jurisprudência realiza o ativismo judicial, traduzido “em estratégias de reivindicação de competências que, ‘a priori’, não seriam de plano reconhecidas”.<sup>27</sup> Em aproximação a esta forma de conceber o ativismo judicial, Lenio Streck afirma que:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).<sup>28</sup>

Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. Portanto, é seguindo os posicionamentos dos autores acima referidos a respeito do tema que podem ser apresentados *apontamentos finais* sobre a forma de compreender a diferença entre ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil, base para a construção dos próximos capítulos:

*Primeiro*, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;

*Segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais;

<sup>26</sup> SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 589, nota de rodapé 123.

*Terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;

E *quarto*, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”<sup>29</sup>, isto é, que insurge de determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais.

## 2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO UM PROBLEMA CONTEMPORÂNEO

A contemporaneidade é marcada por uma intensa atividade jurisdicional. As transformações ocorridas no direito após a II Guerra Mundial ocasionaram um avanço significativo, pois produziram um incremento na dogmática constitucional com a positivação de novos direitos, mas também simbolizaram um novo modo de compreender a concretização destas garantias.<sup>30</sup> Com isso, o fenômeno da judicialização da política aparece, especialmente no cenário jurídico brasileiro, como um problema a ser enfrentado.

Não é por acaso que Gilberto Bercovici afirma que se vive um momento marcado por um “instrumentalismo constitucional”. Com isso ele justamente quer passar a ideia de que, consagrados os direitos pelo texto constitucional, basta apenas que o Judiciário os aplique.<sup>31</sup> De fato, não há como discordar de Bercovici que o atual contexto revela certa dependência do Judiciário para o cumprimento da Constituição; mas, se é possível falar em um instrumentalismo constitucional, também é verdade que determinadas posturas ativistas nem ao menos como *instrumento* utilizam o texto constitucional.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., pp. 51-56; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.31.

<sup>30</sup> Na obra “Elementos de Filosofia Constitucional”, André Leonardo Copetti Santos afirma que a trajetória das transformações ocorridas no âmbito do constitucionalismo é marcada por diferentes projetos de felicidade. Neste sentido, ao tratar do período pós-Segunda Guerra Mundial, o autor diz que os Estados Democráticos Direito possibilitaram “redefinições fundamentais”, pois “não foram simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações conceituais fundamentais, como a idéia de democracia, de cidadania, de dignidade etc. [...] Talvez nos tempos atuais a grande democratização que se busque seja a da diferença, juntamente com outros direitos não-individuais, como fator imprescindível para a concretização de todas as demais demandas para uma vida boa”. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 27-28.

<sup>31</sup> BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. et al. (Orgs.). **Teorias da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 77.

A questão é que tais acontecimentos não são aleatórios. No Brasil, a intensa participação do Judiciário revelou (e ainda revela) a “garantia da abertura política”<sup>32</sup>. Aqui entra, portanto, a importância do Judiciário no processo de redemocratização do país (diga-se de passagem, experiência esta não vivenciada pelos Estados Unidos). Isso porque o conteúdo que se atribuiu à democracia, a partir da ruptura com a ditadura militar e com o surgimento do texto constitucional de 1988, não consistia apenas em garantir a participação de todos no processo político, no sentido de ser uma *democracia meramente institucional*. Evidentemente, a redemocratização incluiu a premissa majoritária como pressuposto. Entretanto, o processo democrático, no Brasil, possui uma peculiaridade, um *plus*, que é a promessa de inclusão social, visando a consolidar um Estado “que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais”.<sup>33</sup>

A partir de tudo isso, importa aprofundar o estudo sobre o modo como se deu essa passagem para o que ficou conhecido como judicialização da política. Isto é, trata-se de fazer uma análise sobre os possíveis acontecimentos que colaboraram para o florescimento de uma cultura judicante.

### **2.2.1 O pós-guerra, as Constituições Dirigentes e os Tribunais Constitucionais como causas remotas da “Expansão Global do Poder Judiciário”**

No ano de 1995, dois cientistas políticos, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder, publicaram um livro para tratar da atuação do Poder Judiciário. Contando com a participação de autores de diversas tradições, a proposta era justamente aprofundar o debate sobre o tema, problematizando o movimento das intervenções judiciais na direção do que se reconheceria por todos como exemplo americano de jurisdição. Como não poderia ser diferente, portanto, o

---

<sup>32</sup> SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**, op. cit., p. 29.

<sup>33</sup> VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”, op. cit., p. 408: “Além disso, a democracia prometida institucionalmente pela Constituição de 1988 não diz respeito apenas ao regime de governo, aos direitos de participação política, mas também a direitos de inclusão social: é, portanto, uma democracia social marcada pela garantia de direitos sociais próprios a um Estado que se quis fundar como *welfarista*, e que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais”.

título atribuído à obra foi: “*The Global Expansion of Judicial Power*” (“A Expansão Global do Poder Judiciário”).<sup>34</sup>

De fato, o que atualmente se considera como um crescimento da atuação jurisdicional, seja pela via do que se entende por judicialização da política, seja através do que se chama de ativismo, já foi amplamente debatido no contexto das teorias jurídicas e políticas norte-americanas. Isto é, este movimento de intensificação da atividade judiciária, que contemporaneamente se vislumbra numa perspectiva global, já foi vivenciado pelos Estados Unidos, que, em razão disso, desde a instituição do controle de constitucionalidade (*judicial review*) em 1803<sup>35</sup>, produziu um numeroso acervo literário problematizando as atribuições, limites e competências do Poder Judiciário. Tanto é assim que há uma grande quantidade de obras extraídas do contexto estadunidense, consideradas referências neste assunto, que são datadas de ano anterior a década de 90<sup>36</sup>, demonstrando a antecipação do debate nos Estados Unidos, sendo que esta discussão só foi intensificada no Brasil a partir da promulgação da Constituição em 1988. Por outro lado, alguns dos livros que foram atualmente publicados justamente têm como objetivo tematizar a absorção deste fenômeno em outros países (seja em termos do que se poderia chamar de uma incorporação teórica, seja na assimilação desta postura interventiva que marca a atuação da Suprema Corte), como é o caso da própria obra de Neal Tate e Torbjörn Vallinder.

Ocorre que os países continentais e, por influência, os da América Latina, como o Brasil, eram fechados para o que era produzido na tradição anglo-saxã. Como menciona o jurista colombiano Diego Eduardo López Medina, por muito tempo viveu-se sob o manto de um formalismo na aplicação do direito (entendido sob uma perspectiva que reduzia o direito à lei), herdado do direito privado europeu.<sup>37</sup> Aliás, não por outro motivo o positivismo jurídico, como um projeto epistemológico assentado no predomínio da lei, criado com o fito de atribuir

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> O controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*) será abordado no próximo capítulo, que tratará pontualmente deste tema.

<sup>36</sup> Veja-se, por exemplo, o livro de John Hart Ely (*Democracy and distrust*, 1980), de Charles Beard (*The Supreme Court and the Constitution*, 1912, na versão sem a introdução de Alan Westin, edição que foi publicada em 1962), de Alexander Bickel (*The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962), de Raoul Berger (*Government by Judiciary*, 1977) e de Laurence Tribe (*Constitutional Choices*, 1986), para mencionar apenas alguns.

<sup>37</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2004.

cientificidade ao direito, foi – e, com todas as adaptações pelas quais tem passado <sup>38</sup>, continua sendo – o principal modo de fundamentar o conhecimento jurídico.

É neste contexto do reconhecimento de um *olhar tardio* para a experiência que desde logo acentuou o papel atribuído ao Judiciário (a norte-americana) que se entrelaçam um *fato histórico*, uma *proposta teórica* e uma *nova atuação jurisprudencial*, como remotas possibilidades para a compreensão do que se tem chamado de “expansão global do Poder Judiciário”. Trata-se de apontar para os principais acontecimentos que talvez possam ter conduzido as sociedades contemporâneas a vivenciar este processo de intensa judicialização. Assim, dentre eles estão incluídos: o pós-Segunda Guerra Mundial, o surgimento da noção de “constitucionalismo dirigente” e a atuação do Tribunais Constitucionais (com ênfase no da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht*), fatos que estão absolutamente vinculados.

O período posterior à Segunda Guerra Mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo. Isso porque, para que fossem superadas as atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento de obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis. Deste modo, o fim desta Guerra impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito. <sup>39</sup>

A partir destas mudanças, então, surge a noção de *constitucionalismo democrático*, que ensejou transformações que atribuíram, inclusive, uma nova resposta à pergunta pelo conceito de Direito. Isto é, este fato na história da civilização não apenas proporcionou alterações estruturais na organização política e jurídica dos mais variados países, mas também – e fundamentalmente – exigiu um novo modo de conceber o fenômeno jurídico, que passa a ser percebido sob um viés de materialidade (de substancialidade). Tudo isso através da inclusão de dois elementos centrais: do reconhecimento da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e de seu caráter prospectivo, que condiciona materialmente a legalidade; e da

<sup>38</sup> Ao longo dos tempos, o positivismo jurídico assumiu diversas facetas. Desde o positivismo exegético (legalista), passando pelo normativista até se chegar às contemporâneas propostas positivistas, esta foi uma postura epistemológica muito influente no modo como compreender o direito. Sobre este tema, ver o artigo de Lenio Streck, no qual ele faz uma análise das consequências do positivismo no plano da doutrina e da jurisprudência: Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, vol. 15, n. 1, pp. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007. pp. 72-3.

incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com seus respectivos meios (instrumentos) assecuratórios.<sup>40</sup>

Neste ambiente, ressalte-se, ainda, um ponto muito importante a ser mencionado: em que pese este movimento *constitucionalizante* engendrado na Europa com o pós-Segunda Guerra Mundial tenha tido ampla absorção por todo o mundo, os países da América Latina vivenciaram um entrave a tudo isso. Não se pode esquecer que o contexto latino-americano, na sequência do fim desta grande guerra, é marcado por sofrer golpes ditatoriais (Brasil, em 1964; Argentina, em 1966; Chile, em 1973; Uruguai, em 1973; Colômbia, em 1953). Portanto, isso que no Continente se verificou de modo imediato, no Brasil, demorou anos para ser assimilado, ocorrendo apenas com o processo constituinte em 1987-88. Assim, os avanços que foram realizados no âmbito do direito constitucional europeu também puderam ser percebidos na América Latina, entretanto, neste contexto, como ruptura aos regimes ditatoriais, o que veio a ocorrer de forma tardia.<sup>41</sup>

Apesar deste período de total restrição de direitos pelo qual o país passou, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã, o constitucionalismo brasileiro começou a assimilar os avanços trazidos pelo pós-guerra no continente europeu. Neste ambiente teve grande importância a proposta teórica de José Joaquim Gomes Canotilho, consubstanciada no livro “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, no qual, adaptando e aprofundando a tese do jurista alemão Peter Lerche (“*dirigierende Verfassung*”) de 1961, o constitucionalista português consagrou o que ficou conhecido como “constitucionalismo dirigente”. Com isso, Canotilho visou a demonstrar o papel estratégico assumido pelas constituições, no sentido de que, ao “utilizar-se da expressão ‘constituição dirigente’, pretendeu-se [...] afirmar a força actuante do direito constitucional”.<sup>42</sup> Assim, à concepção de Estado de Direito foi agregado um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a constituição passa a ser “um meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”.<sup>43</sup>

Poucas obras tiveram tanta receptividade no Brasil como a de Canotilho. Este modo de compreender o texto constitucional como catalizador de todos os atos do Estado deu novo fundamento ao direito constitucional, fazendo, também, com que a jurisdição, a partir desta concepção de *irradiação constitucional*, ganhasse novos rumos, estando voltada à

<sup>40</sup> Sobre esta questão, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 50.

<sup>41</sup> Sobre a jurisdição constitucional na América Latina, ver: BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez (Orgs). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Editorial Dykinson, S. L., 1997.

<sup>42</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 27.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 48.

concretização das promessas constitucionais, já que, como menciona Gilberto Bercovici, “a concepção de constituição dirigente [...] está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito”.<sup>44</sup> Tudo isso pode ser bem representado pela seguinte afirmação de Paulo Bonavides, constitucionalista brasileiro, em 1998: “ontem, os Códigos; hoje, as Constituições”.<sup>45</sup>

Evidentemente, não se poderia tratar do “constitucionalismo dirigente” de Canotilho sem fazer referência àquilo que foi recentemente considerado por muitos como um abandono desta teoria. No livro “‘Brançosos’ e interconstitucionalidade”, o constitucionalista português utiliza o termo *aparente desencanto* para nomear a experiência que o levou a revisitar sua tese sobre o *constitucionalismo dirigente*. Com isso, ele menciona dois aspectos: de um lado, justificando o emprego do termo *desencanto*, uma espécie de decepção com o dirigismo constitucional, na medida em que acabou conduzindo à compreensão de constituição como uma *bíblia de promessas* (na maioria das vezes não cumpridas); de outro, explicando a escolha da palavra *aparente*, ao fato de que nem por isso se pode negar a *programaticidade* da constituição. Para Canotilho, o problema do dirigismo constitucional é ter colocado o Estado como “homem de direção”, causando uma excessiva centralização estatal, que, segundo o autor, traz prejuízos: tanto por desconsiderar o alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada, bem como por esquecer-se, assim, de outros meios de direcionamento social.<sup>46</sup>

Vale referir que esta crítica é feita justamente porque Canotilho passou a conviver com uma significativa mudança na história de seu país – o enfraquecimento do Estado em face da constituição de um espaço global, que é a União Europeia. É evidente, em função das diferenças históricas e de desenvolvimento entre Brasil e Portugal, que, atualmente, seria impossível pensar em *descartar* o constitucionalismo dirigente, especialmente porque muitos dos direitos constitucionalmente assegurados ainda estão carentes de concretização.<sup>47</sup> De

---

<sup>44</sup> BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, vol. 1, n. 6, pp. 149-162. 2008. p. 151.

<sup>45</sup> Frase dita pelo jurista ao receber premiação no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998, e que foi o título de uma das edições da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (n. 2, de 2004), que visava a discutir sobre a insurgência do novo constitucionalismo.

<sup>46</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 31-37.

<sup>47</sup> A noção de constitucionalismo dirigente também foi fragilizada diante das ondas de reformas constitucionais neoliberais de 1990, que possibilitaram a invasão dos discursos da Análise Econômica do Direito. Como afirma Alexandre Moraes da Rosa, a partir da invasão desta teoria cria-se um ideal de eficiência, marcado pela: “i) proeminência do campo econômico sobre o jurídico; ii) manipulação do critério de ‘justiça’ por ‘eficiência’; iii) desprezo pelos direitos sociais e pelo Estado Democrático de Direito em nome da flexibilização” (p. 18). Tal situação se coloca em confronto com o constitucionalismo do segundo pós-guerra, marcado pela existência de um texto constitucional compromissório, visando ao bem-estar social. Sob os aportes do movimento *Law and Economics*, o dirigismo constitucional é substituído, então, pelo dirigismo de blocos econômicos. ROSA,

todo modo, o fato é que esta *proposta teórica* nascida em terras portuguesas colaborou de modo efusivo para que se insurgisse um compromisso constitucional, resultando numa maior interferência do Judiciário voltada ao cumprimento do texto da constituição.

Se no âmbito da teoria do direito (constitucional) o pós-guerra havia ensejado uma verdadeira revolução, faltaria, ainda, observar como isso repercutiu na atuação dos agentes do Estado. Assim, se no contexto da Segunda Guerra Mundial tanto Legislativo como Executivo estavam sob desconfiança, foi pela criação dos Tribunais Constitucionais europeus, em especial o alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que se deu a primeira forma de incorporação desta noção de constitucionalismo democrático. Neste sentido, a situação peculiar vivenciada pela Alemanha, de aprovação de uma Lei Fundamental por uma espécie de “assembleia constituinte de emergência”, composta pelos aliados, impulsionou o papel do Tribunal Constitucional, cuja atuação estava direcionada a constitucionalizar a ordem jurídica a partir de um órgão que, à diferença do Conselho Parlamentar que aprovou a Lei Fundamental (hoje Constituição), efetivamente representava o povo alemão.<sup>48</sup>

É neste contexto de aposta no Judiciário para a consecução dos objetivos constitucionais e de ruptura com a metodologia da corrente filosófica que havia predominado durante o nazismo – a subsunção positivista –<sup>49</sup> que surgiu uma importante teoria jurídica, que passou a fundamentar as decisões judiciais do Tribunal Constitucional: a jurisprudência dos valores. Ocorre que, como menciona Alec Stone Sweet, o Poder Judiciário europeu, apesar de estar imbuído do propósito de respeitar a hierarquia constitucional desde a Constituição de Weimar (que, em 1919, inaugurou uma “autêntica instituição judicial”<sup>50</sup> para este fim, o Tribunal de Justiça do Estado – *Staatgerichtshof*), não possuía uma efetiva jurisdição sobre a Constituição, motivo pelo qual foram criados os Tribunais Constitucionais.<sup>51</sup> Assim, esta mudança institucional, agregada à efervescência de um novo meio de pautar a aplicação do direito, voltado para a utilização de critérios que pudessem ser,

---

Alexandre Morais da. A constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (*law and economics*). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, vol. 1, n. 6, pp. 15-34. 2008. pp. 18-23.

<sup>48</sup> JESTAEDT, Matthias. El positivismo jurídico aplica al Tribunal Constitucional alemán. In: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). **La ponderación en el derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. pp. 255-263. No que diz respeito a este livro, embora apresente uma retomada histórica interessante acerca do papel exercido pelo Tribunal Constitucional, é possível encontrar discordâncias teóricas no ponto em que trata sobre o positivismo jurídico, compreendido, aqui, pela leitura que faz Lenio Streck, em seu **Verdade e Consenso**, op. cit.

<sup>49</sup> LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Tradução de Marcelino de Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel S.A., 1994. p. 141

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

<sup>51</sup> SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 194 e ss.

inclusive, buscados para além da legislação <sup>52</sup> (característica da jurisprudência dos valores), resultou na centralidade exercida pelo Judiciário.

De tudo o que foi mencionado, portanto, é possível verificar que o segundo pós-guerra desencadeou uma série de mudanças no contexto europeu, assimiladas pela tradição brasileira.<sup>53</sup> Estas transformações pelo menos indicam as origens remotas da existência de uma judicialização no cenário global. Ou seja, todos estes fatores contribuíram para que o papel do Judiciário assumisse outra feição, agora voltado para os ditames constitucionais.

### **2.2.2 O aumento da litigiosidade como um fenômeno das sociedades contemporâneas e suas consequências para a questão do chamado acesso à justiça**

O surgimento dos textos constitucionais decorrentes tanto do primeiro pós-guerra quanto, mais tarde, do segundo modificou completamente o sentido de consitucionalismo no mundo todo. Ao agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das constituições, que, como já mencionado, passaram não apenas a ser concebidas como um elemento organizacional, mas também a influir diretamente na política governamental a partir de uma noção de irradiação constitucional pelo sistema jurídico. Com isso, estas estratégias jurídicas possibilitaram mudanças significativas através de duas frentes: por um lado, ampliou-se o catálogo de direitos aos cidadãos (com o fito de se criar uma política de bem-estar); por outro, assentou-se o dever de cumprir de modo imediato este programa constitucional (objetivando torná-la efetiva).

Tudo isso já seria suficiente para, como já demonstrado, ensejar um ambiente de maior procura do Judiciário, que passou também a ser caracterizado como *locus* de concretização dos direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes. Contudo, as transformações

---

<sup>52</sup> LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 60. Destaca-se, neste momento, que no decorrer deste trabalho, no capítulo três, será retomada a abordagem sobre a jurisprudência dos valores.

<sup>53</sup> Como mesmo afirma Ingo Sarlet em um texto comemorativo aos 60 anos da Lei Fundamental da Alemanha, este documento, com a incorporação de diversos direitos, aparece “[...] como resposta a um determinado modelo de positivismo jurídico, buscando resgatar a importância de uma ordem de valores não necessariamente adstrita ao direito formalmente positivado”. Nas palavras de Sarlet, isso veio a consolidar aquilo “[...] que viria a ser uma das ordens constitucionais mais estáveis e influentes de todos os tempos. [...] Também o direito constitucional brasileiro [...] tem experimentado uma crescente influência por parte da Lei Fundamental, em especial por força do impacto da doutrina e da jurisprudência constitucional. São vários os fatores que explicam tal fenômeno, não sendo o caso aprofundar tal dimensão. Certo é que a principal porta de entrada para o direito comparado tem sido a receptividade por parte da doutrina e da jurisprudência nacional”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 3, n. 7, pp. 89-95, abr./jun. 2009. pp. 90-93.

ocorridas não ficaram restritas a este tipo de alteração: o contexto social passa também por modificações, que podem ser ditas de cunho *político-jurídico* (chamadas de “tendências no Direito”), *conceitual* (com a introdução da noção de *sociedade complexa*), *comportamental* (com a questão do aumento da litigiosidade) e *estrutural* (a partir da ideia de massificação dos conflitos). Ou seja, o fenômeno de judicialização não ocorreu exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que assumiu a esfera social.

A modernidade produziu uma concepção forte de Estado, fundada no direito positivo e no normativismo, objetivando dar respostas aos problemas e demandas da sociedade moderna, que estava marcada pela indeterminação e insegurança, frutos do processo de ruptura com modelo jusnaturalista (e seus “valores absolutos *a priori*, portanto, estáticos e fora do tempo”).<sup>54</sup> Ao longo dos anos foram operando-se cada vez mais transformações no âmbito social, sendo que globalização, transnacionalização, novos direitos, dentre outros temas, passaram a ser o foco de um *novo modelo de sociedade*, agora chamada de *sociedade complexa*<sup>55</sup>.

Junto a este novo modo de compreender o fenômeno social é possível acrescentar, com base na obra “Sociologia Jurídica”, de José Eduardo Faria, que o Direito passa a ser caracterizado por *nove tendências*, que podem ser assim sintetizadas: *a*) desformalização legislativa, na qual cresce a participação de grupos de interesse não vinculados ao Estado no processo legislativo; *b*) redução do caráter imperativo do direito, com o surgimento de novas esferas de poder e do pluralismo; *c*) prevalência da regulação privada em face da estatal, que resulta em um direito civil à margem do Estado, em razão da existência de uma economia globalizada, influenciada pelo transnacionalismo; *d*) enfraquecimento dos direitos sociais, motivado pela perda da soberania do Estado, que cede espaço aos “mercados comuns”, regulados pela *lex mercatoria*; *e*) fortalecimento do direito penal, com uma maior criminalização, bem como com o endurecimento de penas para crimes de menor potencial ofensivo.<sup>56</sup>

Diante deste ambiente de certa fragilização da esfera estatal, que, em regra, é resultado da interferência das forças da economia, em um movimento contrário, a sociedade se apresenta imersa em uma *ampla litigiosidade* como modo de resgatar e exigir o compromisso

<sup>54</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: \_\_\_\_\_; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 12-15.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> FARIA, José Eduardo. As novas formas e funções do direito: nove tendências. In: \_\_\_\_\_. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 6. pp. 73-112.

pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assumem uma *postura* direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. Este traço do comportamento das sociedades contemporâneas acabam resultando naquilo que Luiz Werneck Vianna et al chamam de “judicialização das relações sociais”, traduzida na “crescente invasão do direito na organização da vida social”.<sup>57</sup> Em apenso a este tema, não se pode deixar de anotar que é pelos regimes democráticos que se acentua a conflituosidade social, porque neles o poder é distribuído de forma mais ampla (difusa). Entretanto, em existindo mais centros de poder, há uma maior chance de surgimento de conflitos<sup>58</sup>, que, na sociedade contemporânea, são encaminhados para que o Judiciário resolva.

Por outro lado, há, também, uma alteração que se pode chamar de *estrutural* na forma de compreender estes direitos. Trata-se da insurgência de exigências coletivas e interesses difusos, característicos de uma sociedade em que “a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções de massa”<sup>59</sup>. Assim, a tutela jurídica passa a ser prestada de forma massificada, imbuída por uma “crise da ideia de interesses individuais”<sup>60</sup>, fazendo emergir a noção de pluralidade/pluralismo, que traz a marca da atuação das organizações sociais<sup>61</sup>.

Com isso surge um cenário um tanto quanto contraditório, pois, ao mesmo tempo que o atual contexto faz surgir a tutela de direitos difusos e coletivos, em contrapartida, a busca por sua efetivação predominantemente se dá pela via do litígio individual. Deste modo, forma-se um numeroso conjunto de ações singulares visando à tutela de direitos coletivamente assegurados. Por sua vez, no intuito de *controlar/limitar* a judicialização, o sistema jurídico *responde* através de alguns mecanismos, como a criação, por parte dos tribunais, do que se chama de *juízos em bloco* (e, assim, em uma tarde, desembargadores e ministros decidem mais de milhares de casos), e, por parte da doutrina, a refutação da titulariedade individual dos direitos sociais, negando-lhes a condição de direitos subjetivos<sup>62</sup>, fatores quem pode ser considerados tão problemáticos quanto a numerosa quantidade de ações que tramitam perante o Judiciário.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, op. cit., p. 149.

<sup>58</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006. p. 174.

<sup>59</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 57.

<sup>60</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da consituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.

<sup>61</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 2005. pp. 200-3.

<sup>62</sup> Esta crítica é feita por Ingo Sarlet em artigo que trata sobre o direito à saúde. Sobre a tendência de refutar a titulariedade individual de direitos sociais, Sarlet afirma: “O curioso é que, consoante já adiantado, se trata de uma relativamente nova – e manifestamente equivocada! – estratégia para impedir (o que é inaceitável sob todos

Todas estas transformações – a complexidade, o caráter de litigiosidade e a massificação da sociedade – desaguam na judicialização também porque foram impulsionadas por uma redefinição do acesso à justiça. Na linha do que afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o processo de democratização do Estado atingiu inclusive a esfera processual, fazendo com que se rompesse com a ideia liberal de que “a justiça [...] só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos”<sup>64</sup>. Com isso, reconheceu-se não apenas o fato de que o acesso à justiça passa a ser “encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito a todos”<sup>65</sup>, mas, fundamentalmente, a partir desta ampliação no conceito de acesso à justiça, começou-se a pensar em instrumentos para tornar possível essa interação Judiciário-sociedade, como, por exemplo, a criação dos juizados especiais no Brasil, que estão pautados por um processo menos formal, e a própria incorporação da antecipação de tutela, como mecanismo de satisfação do direito de modo mais ágil.

Este cenário de reforma processual, que Dierle Nunes chama de “simplificação procedimental”, é fruto do que ficou conhecido no âmbito do processo civil como “socialismo processual”. Este movimento (surgido especialmente nos países do Leste Europeu) buscava uma harmonização do processo civil com o Estado de bem-estar, da qual resultou “uma enorme intervenção do juiz, visando a uma alegada aplicação social e política do direito”<sup>66</sup>. Assim, pela via do socialismo processual, a questão do acesso à justiça passou a estar associada a um reforço dos poderes judiciais <sup>67</sup>, à ênfase nos pronunciamentos de ofício, à

---

os aspectos) ou eventualmente limitar (o que é possível e pode mesmo ser adequado) a assim chamada ‘judicialização’ das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle de intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, pp. 13-40, set. 2011. p. 24.

<sup>63</sup> Os chamados *juízos em bloco* configuram meramente a preocupação com uma efetividade quantitativa em detrimento de uma efetividade qualitativa, o que decorre deste incremento da judicialização. Sobre este tema, Lenio Streck apresenta fortes críticas, tendo em vista que, em face da primazia de uma *justiça de números*, a prestação jurisdicional perde em qualidade. Para tanto, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., especialmente p. 203 (nota de rodapé 18), p. 326 (nota de rodapé 56) e p. 371.

<sup>64</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 9.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>66</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 111.

<sup>67</sup> No Brasil, isto impulsionou o surgimento do instrumentalismo processual, capitaneado por Cândido Rangel Dinamarco, que preconizava o papel do juiz na condução do processo. Por sua vez, Francisco José Borges Motta, através do desenvolvimento de uma teoria crítica do processo, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck (que é construída a partir de uma imbricação entre Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer), apresenta uma importante crítica a estas posturas teóricas que defendem o protagonismo judicial no processo, demonstrando a necessidade de se concretizar um efetivo direito ao contraditório, como afirma a escola mineira

possibilidade de julgamento *ultra petita*, o que reduziu o papel das partes durante o processo. Não é por outro motivo que o momento considerado ápice deste cenário, o “Projeto Florença de Acesso à Justiça” (de 1973), caracterizou-se não apenas pela simplificação dos procedimentos ou pela tutela dos direitos coletivos e difusos, mas também por um aumento na ingerência dos juízes.<sup>68</sup>

Neste contexto, com o alargamento da noção de acesso à justiça, que, elevado a direito constitucional, incorporou o pressuposto de igualdade próprio do constitucionalismo democrático, a judicialização foi incrementada. É possível dizer, inclusive, que leituras equivocadas acerca do sentido de acesso à justiça, compreendido como eficiência judicial, acabaram criando um imaginário que reforçou ainda mais o papel do Judiciário como instituição hábil a resolver todos os problemas da sociedade. A reforçar tal tese o próprio sistema jurídico tratou de encontrar meios para *melhorar/facilitar* a prestação jurisdicional, estratégias estas que, ao tentar resolver o problema da judicialização, não passaram de reformas que, em verdade, proporcionam um esvaziamento do papel do processo como garantidor de direitos fundamentais e da concepção de acesso à justiça, compreendido como o respeito ao “devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à fundamentação das decisões”.<sup>69</sup> É neste sentido, portanto, que importa refletir sobre limite da atuação democrática da jurisdição.

### 2.2.3 A crise da democracia e a ascensão de uma (possível) juristocracia

Até agora foi possível identificar o contexto histórico que deu condições para o surgimento do projeto de constitucionalização do direito (o pós-guerra), os contributos que consagraram teoricamente a importância dos textos constitucionais que resultaram deste

---

de processo. Sobre o tema, ver: MOTTA, Franciso José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>68</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**, op. cit., pp. 116-124.

<sup>69</sup> Esta ideia de acesso à justiça está amparada no posicionamento de Jânia Maria Lopes Saldanha, que, sobre o tema das alterações processuais, afirma que o contexto brasileiro é marcado pelo surgimento de orientações paranormativas, como as do Banco Mundial, que indicam a necessidade de reformar o Judiciário sob a ótica da otimização da prestação de seus serviços. Para Jânia Saldanha, isso se revela como propostas de caráter neoliberal, em que a “aplicação do direito é vista do exterior, isto é, do ponto de vista dos consumidores”. O resultado disso é a criação de mecanismos, tais como súmulas vinculantes, repercussão geral e súmula impeditiva de recursos, que, a pretexto de resolver o problema da funcionalidade do processo, acaba criando impasses ainda maiores, consistentes na ausência de uma busca pela qualidade da prestação jurisdicional. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 2, pp. 675-706. 2010. Disponível em: < <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82015660020>> Acesso em: 27 jan. 2012.

momento histórico de ruptura (a noção de “constituição dirigente”, de J. J. Gomes Canotilho), a relevância da criação dos Tribunais Constitucionais europeus (em especial, o da Alemanha) e as transformações que ampliaram o acesso à justiça. Tudo isso foi apresentado como modos de compreender o fenômeno da judicialização na contemporaneidade. Para finalizar esta abordagem, então, resta indicar a principal consequência do conjunto destes elementos: *a ascensão de uma possível juristocracia*.

Ao fazer esta afirmação, está-se referindo ao fato de que o mundo passa por período caracterizado pela construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais da sociedade é depositada no Judiciário. Entretanto, isso pode ser observado em um duplo sentido: não apenas *positivo*, simbolizando um predomínio das instâncias jurisdicionais, mas também *negativo*<sup>70</sup>, caracterizando uma fragilização em outros âmbitos do poder estatal, acontecimento que melhor se traduz na sensação da existência de uma crise<sup>71</sup> em certas instituições. Assim, de um modo genérico (isto é, sem tratar da realidade de um país específico), C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder afirmam que há mais de um motivo para se justificar a crescente judicialização, dentre os quais estão incluídas as seguintes condições políticas: *a*) transformação do modo de compreensão da democracia como “vontade da maioria” (*democracy as majority rule and popular responsibility*), adicionando-se a importância do poder contramajoritário, que acaba tendo o Judiciário como seu representante; *b*) a afirmação da separação dos poderes, que facilitou a judicialização; *c*) a (falta de) implementação de políticas públicas, apesar da existência de um vasto rol de direitos assegurados constitucionalmente; *d*) a atuação de certos grupos de interesse ao utilizar a jurisdição como meio de expandir os direitos garantidos, pleiteando a inclusão de outros não afirmados na constituição; *e*) o fortalecimento do controle de constitucionalidade, que, muitas vezes, aparece amplamente vinculado com o sistema político, no sentido de que acabou sendo utilizado pela oposição parlamentar para barrar as iniciativas do governo; *f*) a inefetividade das instituições majoritárias, fazendo-se referência tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte deste, o que representa um problema na condução da administração; e, por último, *g*) a delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, criando-se, assim, uma situação de conveniência, em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou

<sup>70</sup> Com os termos *positivo* e *negativo* não se pretende, neste momento, fazer qualquer juízo de valor, mas apenas representar *ganhos* e *perdas*.

<sup>71</sup> A utilização da palavra “crise” foi inspirada na obra de Jose Luis Bolzan de Moraes, que apresenta uma leitura do Estado-nação a partir da existência de cinco crises que lhe afetam, quais sejam: conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política. Sobre esta questão, ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação epaço-temporal dos direitos humanos**, op. cit.

administrador), ao invés de definir lei que proíbe (ou permita) certas questões de grande divergência social, atribui-se tal função aos juízes e tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores.<sup>72</sup>

Para Tate e Vallinder, portanto, todos estes fatores condicionaram não apenas o deslocamento das atenções para o Judiciário, como também configuram as principais características do que se pode chamar de novo constitucionalismo. Sobre este ponto, que relaciona novo constitucionalismo e judicialização, Ran Hirschl apresenta uma interessante contribuição, afirmando que o novo modelo constitucional traz alterações tão significativas que é possível dizer que, hoje, o mundo transita para uma *juristocracia*.<sup>73</sup> Entretanto, menciona que, em que pese esta seja uma tendência existente no mundo todo, por se caracterizar como consequência da “era do segundo pós-guerra” (que possibilitou este amplo processo de constitucionalização e de afirmação do controle de constitucionalidade), suas origens estão vinculadas a diferentes contextos, que ele passa a configurar como “sete cenários abrangentes”.<sup>74</sup>

Em resumo, Hirschl identifica os seguintes “cenários”: *a*) a onda de “reconstrução” (“*reconstruction*” *wave*) – pela qual o “empoderamento” (“*empowerment*”) do Judiciário aparece como consequência da reconstrução política no pós-Segunda Guerra Mundial, tendo como exemplos: a introdução de uma constituição revisada no Japão (1946), a nova Constituição da Itália e a implementação de sua Corte Constitucional (1948), a adoção da Lei Fundamental da Alemanha e o estabelecimento da Tribunal Constitucional Federal (1949) e o surgimento da Constituição francesa e do Conselho Constitucional (1956); *b*) o cenário de independência (“*independence*” *scenario*) – no qual a judicialização aparece como fruto do processo de descolonização, em especial das colônias britânicas, tendo como referência a independência da Índia (e, também, de Gana, Nigéria e Quênia) e a subsequente proclamação de uma nova Constituição (com a criação de sua Suprema Corte), que incorporava os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, fato incentivado pelos britânicos como meio de controlar a política majoritária (em que pese não tenham respeitado estas garantias na condição de metrópole); *c*) o cenário de “única transição” (“*single transition*”) – em que ocorre a transição de um quase democrático ou autoritário regime para democracia, caso das mais recentes democracias no sul da Europa (Grécia, Portugal, Espanha) e na

<sup>72</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics, op. cit., pp. 194 e ss.

<sup>73</sup> No original: “Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called *juristocracy*”. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 1. (grifo do autor)

<sup>74</sup> Ibidem, p. 7.

América Latina, que adotaram direitos fundamentais como parte de sua Constituição, bem como estabeleceram alguma forma de um ativo controle de constitucionalidade <sup>75</sup> ; *d*) o cenário de transição dual (“*dual transition*”) – uma transição tanto para um modelo de democracia ocidental quanto para o de uma economia de mercado (aqui se incluem os países pós-comunistas e pós-soviéticos, tendo como principal exemplo o estabelecimento da Corte Constitucional da Hungria e da Rússia); *e*) o cenário de incorporação (“*incorporation*”) – como incorporação dos padrões legais inter, trans ou supranacionais à lei doméstica, como é o caso da Dinamarca e da Suíça, que sofreram os influxos da Convenção Europeia de Direitos Humanos; *f*) o estabelecimento do controle de constitucionalidade em nível supranacional, através da Corte Europeia de Justiça, da Corte Europeia de Direitos Humanos, dentre outras, além de uma numerosa quantidade de tribunais quase judiciais; e *g*) o cenário de transição não aparente (“*no apparent transition*”) – caracterizado pelas reformas constitucionais que não são resultados nem das mudanças políticas, tampouco dos regimes econômicos (é o exemplo da Nova Zelândia, do México, da Suíça e do Canadá). <sup>76</sup>

No caso do Brasil, que se insere junto com os demais países da América Latina em um contexto de ruptura com os regimes ditatoriais, é possível afirmar que as razões para a ascensão do Judiciário estão fundadas, além de tudo o que já foi referido, em dois principais pilares: na configuração de um ambiente de tensão com os demais Poderes do Estado e, por consequência, em uma crise da democracia. O primeiro ponto diz respeito ao descompasso pelo qual passa a esfera estatal, que, como afirma Bolzan de Moraes, tenta conjugar “uma política de inclusão (democracia social) e uma economia de exclusão (capitalismo)”. O resultado disso é a existência de uma sensação de desconforto, que, elevada à condição de insatisfação popular, causada pela ausência do cumprimento (especialmente pelo Executivo) das promessas insculpidas no texto constitucional, produz um apelo à jurisdição, que acaba por assumir ares de “sacralização”. <sup>77</sup>

Ocorre que este distanciamento da sociedade dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) inevitavelmente acabou criando um afastamento entre a democracia –

---

<sup>75</sup> Para ilustrar os avanços trazidos pelo fortalecimento do constitucionalismo, basta que se observe, por exemplo, os seguintes acontecimentos, que representam o papel estratégico atribuído à jurisdição: a) na Argentina, o surgimento de um rígido controle de constitucionalidade, em que há fiscalização dos atos estatais e dos particulares, bem como a previsão de recurso extraordinário contra sentença arbitrária; b) no Chile, o reestabelecimento do Tribunal Constitucional em 1980, que marca o início da derrocada do regime ditatorial (Pinochet); c) no Uruguai e na Colômbia, a possibilidade de qualquer cidadão interpor ação de controle de constitucionalidade concentrado. Sobre este tema, ver: BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez (Orgs.). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**, op. cit., *passim*.

<sup>76</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**, op. cit., pp. 7-10.

<sup>77</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**, op. cit., pp. 60-61.

compreendida como participação política dos cidadãos na tomada de decisões – e a construção do Direito – que de certo modo passou a estar tributário das definições judiciais não pautadas por critérios jurídicos. É evidente que, com isso, não se está a negar uma concepção de democracia que inclua a premissa contramajoritária, representada pela atuação das cortes e tribunais na proteção dos direitos constitucionalmente assegurados em face da existência de maiorias eventuais.<sup>78</sup> Com efeito, há muito tempo, desde a passagem do conceito grego de democracia direta, como um governo em que o povo vai às ruas para discutir a coisa pública,<sup>79</sup> para a democracia representativa, que agrega o elemento social ao plano político de exercício de liberdades<sup>80</sup>, até se chegar a noção de democracia participativa, que traz o incremento da inclusão de mecanismos de participação direta, já se rompeu com a compreensão de democracia a partir de um critério numérico-estatístico<sup>81</sup> (apenas como regra majoritária).

Entretanto, resta claro também que, por mais que se tenha avançado no modo de conceber a democracia, agregando ao seu conteúdo o contramajoritarismo, não era previsível que se fosse vivenciar na contemporaneidade duas consequências tão graves para a relação Direito e Política: o sentimento de *acomodação/apatia política* (e cívica) e o *apelo permanente à jurisdição*, fatores que inviabilizam o cumprimento da promessa democrática, qual seja, a de consolidação de “um sistema em que a sociedade é parte ativa”<sup>82</sup>. Assim, a centralidade atribuída ao âmbito jurisdicional acaba gerando “fissuras no pacto democrático”<sup>83</sup> para além do imaginado. Isso porque, levado às últimas consequências, este processo de recrudescimento do ambiente democrático em face de uma crescente judicialização também abriu espaço para vias alternativas de decidir litígios.

Um dos principais exemplos do que foi mencionado é o fenômeno chamado por Antoine Garapon de “mundialização” (ou “comércio entre juízes”), pelo qual, resumidamente, é sugerido aos julgadores que decidam fazendo uso de decisões de outros países.<sup>84</sup> Ou seja, trata-se da inserção dos juízes em um contexto globalizado (mundializado), de intercâmbio de

<sup>78</sup> Sobre a questão do contramajoritarismo, ver: ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. **La Política**: revista de estudios sobre el estado y la sociedad, Barcelona, n.4, pp. 23-58. oct. 1998.

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto. Democracia. In: MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de Política**. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2000, v.1. pp. 319-329.

<sup>80</sup> RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2008. p. 41.

<sup>81</sup> A expressão foi retirada do seguinte texto de Ronald Dworkin, em que ele problematiza o conceito de democracia: DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in Court. **Alberta Law Review**, v. XXVIII, n. 2, pp. 324-346. 1990. Ainda, também é possível encontrar tal posicionamento de Dworkin em sua recente obra: **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press. pp. 379-399.

<sup>82</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**, op. cit., p. 48.

<sup>83</sup> GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. p. 96.

<sup>84</sup> *Ibidem, passim*.

decisões, o que se traduz em um poder que lhes desoneraria de fundamentar sua decisão a partir da “estrita vontade do legislador e da autoridade da doutrina”<sup>85</sup>. Com isso, forma-se uma “sociedade dos tribunais” ou um “governo de juízes”, em que “o juiz procura conferir à sua opinião pessoal um fundamento mais geral e, por isso mesmo, mais aceitável”<sup>86</sup>.

Uma compreensão da atuação jurisdicional neste sentido provoca, no mínimo, duas observações: *primeiro*, o simbolismo presente na formação de uma espécie de *direito mundial* a partir de decisões dos tribunais, isto é, a partir da inter-relação entre instâncias jurisdicionais; *segundo*, o problema da intervenção judicial, que aparece, no livro, como uma questão de opinião. Tudo isso, aliado ao que já foi tratado nas linhas acima, não apenas contribui para acentuar a judicialização, que apareceria, assim, como uma consequência de todos estes processos rupturais pelos quais vêm passando a sociedade, mas também, a partir de posicionamentos como os retratados, para fortalecer uma atuação ativista do Judiciário, mitigando a concepção de democracia, pois, como afirma Daniela Cademartori, “para termos um regime democrático é preciso que, simultaneamente, ocorram a liberdade das escolhas políticas e a representação dos interesses da maioria. É inútil e perigoso dar prioridade a um só desses elementos”<sup>87</sup> ou para nenhum deles – acrescentamos.

### 2.3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO “ATO DE VONTADE” DO PODER JUDICIÁRIO

A primeira parte deste capítulo tratou de acentuar o modo de diferenciar judicialização da política e ativismo judicial que seria pressuposto para o desenvolvimento deste trabalho: a compreensão do primeiro como um fenômeno inexorável (e, ao mesmo tempo, contingencial) e do último como uma conduta do Judiciário de extrapolação de seus poderes.<sup>88</sup> Em um segundo momento, por sua vez, tratou-se de apontar para os possíveis motivos que ensejaram esta tendente judicialização, desenvolvidos a partir das seguintes frentes: do constitucionalismo do segundo pós-guerra, da noção de “constituição dirigente”, do surgimento dos Tribunais Constitucionais e de sua atuação (em especial, o alemão), da crise pela qual passa a democracia, do redimensionamento da questão do acesso à justiça (e seus

<sup>85</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>87</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. **O diálogo democrático**, op. cit., p. 293.

<sup>88</sup> Esta distinção é extraída da obra de Lenio Streck, que, em seu **Verdade e Consenso** (op. cit., p. 589, nota de rodapé 123).

influxos no âmbito do processo civil) e, por fim, de como tudo isso influenciou diretamente o contexto brasileiro na maneira de compreender a concretização de direitos no país, até se chegar a afirmar, levando em consideração esta conjuntura, os contornos da configuração do que se pode chamar de uma juristocracia. Assim, exposto o ambiente que impulsionou a expansão do Poder Judiciário, resta analisar a partir de quais elementos o ativismo judicial pode ser entendido à diferença da judicialização da política.

Antes de qualquer incursão teórica que fundamente o título desta seção (o ativismo judicial como um “ato de vontade”), é importante que sejam feitas algumas rápidas considerações com base no que foi até agora desenvolvido. Através das abordagens realizadas no decorrer deste primeiro capítulo, consegue-se identificar que a excessiva judicialização que assola as democracias modernas pode ser observada por um duplo viés: social e político. Ou seja, ela emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação destes fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente.

Com isso, pretende-se dar evidência ao fato de que a judicialização não tem seu nascedouro propriamente no interior do sistema jurídico. Em outras palavras, isso significa dizer que, embora seja um fenômeno que se manifeste no âmbito jurídico (especialmente porque abarca a atuação do Judiciário), ele não é próprio do Direito, no sentido de que envolve toda a construção de um imaginário social e político que transcende as fronteiras daquilo que se pode considerar sob seu domínio. Indo além, este é um problema que se apresenta como inexorável na exata medida de que sua superação não depende exclusivamente de uma estratégia jurídica que lhe ofereça controle, isto é, que seja capaz de, por si só, conter a crescente judicialização.

É evidente que não é possível separar a interação que ocorre entre os elementos políticos, sociais e jurídicos na composição do problema do judicialismo. Tampouco se pode afirmar que não existam tentativas jurídicas de tornar ameno (e, por vezes, impedir) o apelo à jurisdição (veja-se, por exemplo, a criação de institutos como súmulas vinculantes, repercussão geral, bem como as propostas de reformas processuais que visam a limitar a interposição de recursos, o que é alvo de críticas pela doutrina brasileira). Entretanto, à distinção do que se compreende por ativismo judicial, a judicialização não é resultado da atuação de juízes e tribunais, mas ocorre independente disso, de modo contingencial, porque necessária a provocação das instâncias judiciais.

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a

caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.

Por tudo isso, o ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga. É este entendimento que se busca explorar como finalização do capítulo, fazendo, de início, uma retomada de como a questão da vontade adentrou no Direito especialmente através de Hans Kelsen, passando por uma leitura da obra Antoine Garapon sobre o papel do Judiciário na contemporaneidade e, por fim, realizando uma aproximação com a doutrina norte-americana, o que possibilita definitivamente distanciar judicialização da política de ativismo judicial, firmando o entendimento deste último fenômeno como decorrente de um ato de vontade do julgador.

Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação? Definitivamente, nos filiamos à segunda possibilidade de retratação teórica do problema, o que ficará claro no decorrer das exposições.

### **2.3.1 A questão da vontade na Teoria Pura de Hans Kelsen**

Passando ao largo dos problemas filosóficos que permeiam a questão da *vontade*, que, no mínimo, implicaria fazer referência a Immanuel Kant (com a introdução de seu conceito de

autonomia do sujeito<sup>89</sup>) e a Friedrich Nietzsche (a partir do princípio epocal<sup>90</sup> que institui, a vontade do poder – *Wille zur macht*<sup>91</sup>), este é um tema que pode ser considerado caro ao Direito. Isso porque, com Lenio Streck, é possível perceber os diferentes modos pelos quais este elemento acompanhou as grandes discussões no âmbito da hermenêutica jurídica. Em outras palavras, o *apelo a algum tipo de vontade* sempre influenciou sobremaneira as formas de compreender a aplicação do direito, o que se dá, em um primeiro momento, a partir de uma busca pela *vontade* da legislação e, posteriormente, através da procura pela *vontade* do legislador.<sup>92</sup>

Fazendo uma abordagem direcionada ao problema do ativismo judicial, pode-se afirmar que, no âmbito jurídico, o uso da expressão “interpretação como ato de vontade” remete a Hans Kelsen. De fato, embora este autor não tenha amplamente problematizado a questão, a vontade aparece em seu texto como elemento característico do ato de aplicação do direito, constituindo uma diferença fundamental em sua obra, o que se conclui a partir da seguinte afirmação:

---

<sup>89</sup> Como afirma Manfredo Araújo de Oliveira, “na modernidade, a filosofia transcendental, como Kant articulou, é o ponto de partida de uma forma de pensar paradigmática para o pensamento moderno. [...] A novidade do quadro esboçado por Kant é que aqui tudo o que é formalmente necessário para a compreensão de algo vem da própria esfera da compreensão e não da coisa compreendida e isto significa a expressão da *autonomia do sujeito*, que não está preso por objetividades pré-dadas”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Apresentação: direito, democracia e racionalidade procedimental. In: MAUS, Ingeborg. **O direito e a política:** teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. v-vi. (grifo nosso)

<sup>90</sup> A expressão “princípio epocal” é utilizada pelo filósofo Ernildo Stein (e incorporada por Lenio Streck em seus textos), fazendo referência ao fato de que os diferentes momentos históricos são marcados pelo predomínio de certas posturas filosóficas. Como explica Stein: “Quando se fala em princípio epocal se quer dizer, e isto para Heidegger é muito importante, que cada época da história da metafísica é caracterizada por um princípio objetificado que marca todos os fenômenos da época. Esta é a bela ideia exposta no início do artigo de Heidegger: *O Tempo da imagem do mundo*, em que ele diz que todas as marcas da cultura provêm de um elemento metafísico que determina a História, a Ética, a Política, a Antropologia, a Psicologia.” STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica:** ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 74.

<sup>91</sup> Nietzsche é aqui referido por ser considerado um teórico da crise da razão, que, ao despertar para o caráter interpretativo de nossa experiência no mundo, acabou desenvolvendo um “pan-hermeneutismo”, que, por sua vez, “[...] desemboca num certo pragmatismo, que prenuncia a renovação do pensamento pragmático”. Isso porque, para Nietzsche, “a razão e suas corporificações linguísticas podem estar sujeitas a um perspectivismo histórico, cultural e mesmo individual”. Assim, a visão de mundo aparece como condicionada a interesses de poder (daí a noção do princípio epocal – a “vontade de poder”). GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica.** Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999 (Coleção Focus). pp. 42-45.

<sup>92</sup> Como afirma Lenio Streck: “Mais ainda, na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma *mixagem* entre posturas ‘formalistas’ e ‘realistas’, isto é, por vezes, a ‘vontade da lei’ e a ‘essência da lei’ devem ser buscadas com todo o vigor; em outras (e, às vezes, ao mesmo tempo), há uma ferrenha procura pela solipsista ‘vontade do legislador’; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é ‘suficiente’, *põe-se no topo a ‘vontade do intérprete’*, colocando-se em segundo plano (até mesmo) os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar (até mesmo) a Constituição (como veremos mais adiante, é nesse ‘espaço epistêmico’ que tem lugar o panprincipiologismo). Vontade da lei, vontade do intérprete, discricionariedade e vontade de poder (no sentido filosófico da expressão): *eis os ingredientes pragmatistas para o enfraquecimento da autonomia do direito*. STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 464. (grifos do autor)

[...] através deste *ato de vontade* se distingue a interpretação jurídica feita pelo *órgão aplicador* do Direito de *toda e qualquer outra interpretação*, especialmente da interpretação levada a cabo pela *ciência jurídica*.<sup>93</sup>

Este fragmento está inserido no contexto do famoso VIII capítulo de seu livro “Teoria Pura do Direito”, que justamente trata do problema da interpretação jurídica. Esta afirmação, portanto, faz parte do projeto kelseniano de apresentar uma proposta teórica com o fito de atribuir um estatuto epistemológico para o âmbito jurídico, que, por tradição, apresentava dificuldades em firmar-se com um conteúdo próprio, sendo confundido com questões de moral, política e economia. A partir disso, então, o autor cria uma distinção entre Direito e ciência do direito, o que possui repercussão direta em sua concepção de interpretação jurídica<sup>94</sup>, dado que, para cada um destes âmbitos, o autor estabelece um modo diferenciado de compreender a questão hermenêutica.

Desta divisão criada por Kelsen, convém mencionar que a preocupação que surge com o problema do ativismo judicial é justamente o que o autor não toma por prioridade em sua teoria pura. Isto é, em sendo o ativismo judicial uma questão de hermenêutica jurídica, isto é, que envolve a discussão sobre como aplicar o direito, pode-se dizer que tal debate não estava incluído como o centro da teoria kelseniana, cujo enfoque é direcionado à construção da ciência do direito. É por este motivo que, na única parte em que trata da decisão judicial (no capítulo oitavo), seu posicionamento é considerado como “fatalista”<sup>95</sup>, sendo possível afirmar, inclusive, que ele acabaria por aceitar “a total irracionalidade da interpretação feita pelos órgãos do direito”<sup>96</sup>.

Isso porque, ao diferenciar o ato de interpretação do cientista do direito do que é praticado pelo aplicador do direito (órgão jurídico), definindo este como um ato de vontade e aquele como um ato de conhecimento, agrega outras tantas consequências, tais como: *a)* a afirmação de que, como resultado da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos, tem-se normas jurídicas (à diferença da interpretação do cientista do direito, que produz proposições jurídicas)<sup>97</sup>; *b)* a afirmativa de que a interpretação dos órgãos jurídicos são as únicas

<sup>93</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249. (grifos nossos)

<sup>94</sup> Como afirma Hans Kelsen: “Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”. *Ibidem*, p. 245.

<sup>95</sup> A expressão é utilizada por Lenio Streck. Sobre a questão do positivismo e do problema da interpretação do direito, ver o posfácio da quarta edição do livro **Verdade e Consenso** (op. cit.), em especial, o item 4.3, que trata do que Streck chama de “criptograma da discricionariedade” (pp. 513 e ss.)

<sup>96</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. op. cit. p. 20.

<sup>97</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 51.

consideradas autênticas; c) que estas, também, são as que criam direito; e, por fim, d) que este ato de vontade está eivado de discricionariedade.<sup>98</sup>

Veja-se que o mesmo autor que afirma que a interpretação dos órgãos judiciários são atos de vontade é o que também atribui caráter discricionário ao ato aplicativo do direito. Deste modo, fica evidenciada a relação entre vontade e discricionariedade, questão que é tão problemática no contexto de um direito produzido sob o signo do constitucionalismo democrático.

Não se pode deixar de referir que Lenio Streck é um dos primeiros autores que demonstra criticamente a dualidade existente no pensamento de Hans Kelsen e as consequências disso para o Direito. Aliás, é justamente a partir de suas obras que se pode perceber a vinculação entre ativismo e ato de vontade do julgador, assim como os problemas decorrentes disso. Nessa linha, portanto, é que ativismo judicial se diferencia de judicialização da política, o que também pode ser observado através do posicionamento de outros autores, que convalidam a tese de que no conteúdo do ativismo judicial está incluído o problema da vontade como critério decisório.

### **2.3.2 Decidir e desejar: Antoine Garapon e o “guardião de promessas”**

A partir da abordagem realizada acima, é possível perceber que foi através de Kelsen que a noção de interpretação jurídica como “ato de vontade” é incorporada ao Direito. Por sua vez, a teoria desenvolvida por este autor e, assim, o positivismo jurídico, foram as posturas que mais influenciaram o Direito no mundo todo (o que se pretendeu relativizar com o advento do que ficou conhecido, em decorrência das transformações engendradas pelo segundo pós-guerra, como posturas neoconstitucionalistas, cujo objetivo declarado justamente foi tentar ultrapassar este modo – positivista – de dar fundamento ao conceito de direito<sup>99</sup>). Sob esta perspectiva, à formação de um cenário de intensa judicialização, marcas do constitucionalismo contemporâneo, agregou-se, também, um protagonismo judicial, isto é, um consequente aumento dos poderes dos juízes (e tribunais), que se deu a partir de decisões cujo

<sup>98</sup> Ibidem, capítulo oitavo, pp. 245-252.

<sup>99</sup> Embora não se possa negar que as teses neoconstitucionalistas surgiram justamente para contrapor o positivismo jurídico, com Gilberto Bercovici é possível afirmar que grande parte delas são, na verdade, “neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição”. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: revista de cultura e política**, São Paulo, v. 61, pp. 5-24. 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>. Acesso em 28 jan. 2012. p. 20.

critério para fundamentação passou a estar condicionado à vontade do julgador e, portanto, refletiam uma ampla discricionariedade judicial.

Não é por acaso que Antoine Garapon, já em 1996, tratava do Poder Judiciário como “o guardador de promessas”<sup>100</sup>, título que atribuiu a uma de suas obras, que importa aqui ser referida e estudada. Isso porque, embora não seja assim afirmado textualmente pelo autor, é possível extrair deste livro uma dupla abordagem: por um lado, de contextualização do surgimento de um ambiente caracterizado por uma intensa atividade jurisdicional, mas, ao mesmo tempo, por outro, de referência à transposição deste fenômeno para o que ficou conhecido como ativismo judicial. A partir disso, portanto, pode-se traçar elementos para diferenciar a configuração de uma tendência judicializante para as posturas consideradas ativistas.

Assim, logo nas primeiras páginas de seu texto, Garapon afirma que, na atual conjuntura, “nada mais pode escapar ao controle do juiz”, constatação que se insere no âmbito de um cenário, que pode ser em resumo caracterizado: *a)* por uma descrença na lei e, como consequência, por um aumento na dimensão interpretativa do Direito; *b)* por um desmoronamento do conceito de democracia, no sentido de que “o homem democrático” desaparece; e *c)* pelo surgimento dos sistemas supranacionais, que, por um lado, fragilizaram a concepção de soberania estatal, mas, por outro, possibilitaram a insurgência de novas instâncias jurisdicionais, como as Cortes de Direitos Humanos.<sup>101</sup> A partir disso, então, há certa “promoção” da atividade jurisdicional, o que, para o autor, não se traduz em uma mudança dos titulares da soberania (que, originalmente, é atribuída ao poder político, isto é, Executivo e Legislativo), “mas antes uma evolução da referência da acção política, e não tanto uma rivalidade, mas sim uma *influência recíproca*”. Ainda, nesta linha de “influência recíproca”, o autor menciona que isso representa uma substituição da positividade por uma “justiciabilidade”, no sentido de que o Direito passa a se definir “pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro”, no caso, o Judiciário.<sup>102</sup>

Por sua vez, a questão do ativismo ganha contornos diferentes. Neste sentido, Garapon afirma que a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares”. Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de

---

<sup>100</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

<sup>101</sup> Ibidem, pp. 20-25.

<sup>102</sup> Ibidem, pp. 40-43.

governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes.<sup>103</sup>

É em continuidade a este raciocínio que, no momento em que caracteriza o ativismo judicial, Garapon associa a decisão judicial a um *critério de desejo*, de *vontade* daquele que julga, afirmando: “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”. Ainda, menciona que, neste contexto, o ativismo “revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência”.<sup>104</sup>

Veja-se, portanto, as inter-relações que se formam a partir da leitura apresentada por Garapon: *escolha*, *desejos* e *poder* são elementos que se conjugam em torno de um único fenômeno – o ativismo judicial. Nesta linha, a argumentação apresentada pelo autor aproxima-se daquilo que foi referido por Kelsen como próprio da aplicação do direito por um órgão judiciário. Ou seja, no fundo, o que se percebe, na contemporaneidade e no mundo todo, é uma tendência de, conscientemente ou não, recuperar a proposta teórica do jurista austríaco sob o que se poderia chamar de *um novo rótulo*, o do ativismo judicial.

Assim, as contribuições trazidas por Garapon revelam-se importantíssimas, porque, primeiro, estão inseridas no contexto de uma tradição jurídica (francesa) que historicamente apresenta desconfiança em relação ao Judiciário<sup>105</sup>; segundo, porque são afirmações que partem de um autor que, por muitos anos, exerceu a profissão de juiz; terceiro, porque denunciam um cenário de predomínio das instâncias jurisdicionais sobre as instituições democráticas; quarto, porque evidenciam que esta centralidade da jurisdição não aparece, apenas, como um fenômeno social, mas como uma tomada de postura de juízes e tribunais na afirmação de suas vontades (ou, nas palavras do autor, “desejos”); e, por fim, quinto, porque, ao mencionar tudo isso, possibilita diferenciar ativismo judicial de judicialização, o que é imprescindível para que se possa problematizar a atuação jurisdicional.

---

<sup>103</sup> Ibidem, pp. 20-25.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>105</sup> Não se pode esquecer que mesmo o controle de constitucionalidade, na França, até 2008, não era considerado prerrogativa do Poder Judiciário, mas do Conselho Constitucional, órgão vinculado ao Legislativo, que o exercia apenas preventivamente. Com isso a reforma constitucional ocorrida recentemente, incluiu-se a possibilidade de controlar a constitucionalidade das leis de modo repressivo, mediante a manifestação, perante o mesmo órgão, de qualquer interessado no curso do processo judicial. Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (inédito).

### 2.3.3 Vontade e poder: associações norte-americanas

Como afirma Luigi Ferrajoli, o contraste entre razão e vontade, que também consiste na contraposição entre direito natural e direito positivo, remonta ao dilema existente entre governo das leis e governo dos homens.<sup>106</sup> Esta discussão entre governo das leis e governo dos homens foi amplamente realizada em solo estadunidense, especialmente a partir do enfrentamento dos posicionamentos dos Federalistas e Antifederalistas. Entretanto, dando um enfoque inicial distinto do apresentado por Antoine Garapon (que aborda a questão do ativismo judicial sob a perspectiva do desejo, que remete à questão da vontade), em um primeiro momento, este embate entre vontade e razão se deu em outro nível: como pano de fundo para legitimar o exercício do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte.

Na verdade, no contexto das reflexões norte-americanas, a intervenção das Cortes na revisão dos frutos do processo legislativo é resultado da compreensão da existência de um “governo das leis” (“*rule of law*”), à distinção de “governo dos homens”, este último compreendido como *império* da soberania popular/da *vontade* popular (“*rule of people*”). Isto é, não bastaria a legalidade para que se substituísse o “governo dos homens” pelo das leis, mas seria necessária uma correspondência entre a legislação e a afirmação dos direitos civis e políticos. Com isso, houve uma “desvalorização da legislação parlamentar como fonte do direito”, fortalecendo o papel das Cortes de tal forma que a tradição norte-americana ficou *marcada* pelo “risco de uma passagem da supremacia das Constituições à supremacia das Cortes Constitucionais”, devido à existência de um controle de constitucionalidade fortalecido.<sup>107</sup>

É justamente em relação a este último ponto, de surgimento de uma supremacia jurisdicional, que, novamente, aparece a questão da vontade. Com a crescente intervenção do Judiciário na esfera política, preponderantemente a partir do que ficou conhecido na história do constitucionalismo estadunidense como Corte Warren<sup>108</sup>, a questão da vontade migra para

<sup>106</sup> “[...] o contraste entre *razão* e *vontade*, entre *lei da razão* e *lei da vontade*, entre *direito natural* e direito positivo, correspondentes ao clássico e igualmente recorrente dilema e contraste entre o *governo das leis* e o *governo dos homens*” (pp. 37-38). FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade. **Separata do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, Conceito Editorial, pp. 33-41.

<sup>107</sup> CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 266.

<sup>108</sup> Sobre a Corte Warren, refere-se que esta ficou conhecida por ser amplamente ativista e liberal. Como afirma Michael G. Trachtman: “Presidente Eisenhower, for instance, appointed Chief Justice Earl Warren, believing that he would be a conservative jurist. Warren turned out to be one of the most liberal and activist chief justice in

o âmbito da decisão judicial: como afirma Christopher Wolfe, as decisões judiciais passam a estar fundamentadas em um critério de *vontade* (*will*). Aliás, é exatamente isto que permite Wolfe afirmar que o poder exercido pelos juízes deixa de constituir a realização de um julgamento (ou uma interpretação), sendo, portanto, reduzido a uma questão de vontade.<sup>109</sup> Com isso, o autor afirma consolidar-se um cenário de intenso protagonismo judicial, voltado para uma ampla intervenção judiciária, no que ficou conhecida a expressão *judge-made law* (em uma tradução literal, direito feito pelos juízes).

A utilização desta terminologia (*judge-made law*) para caracterizar a fase ativista da Suprema Corte norte-americana, neste contexto, é um tanto quanto esclarecedora, especialmente aliada à questão da *vontade*. De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão o *construído pelo Judiciário*, isto é, criado pela *vontade* de quem julga (*a lei da vontade*). Esta postura rompe com a noção de “supremacia do Direito” (*rule of law*), na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, “selecioneando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas”<sup>110</sup>.

Assim, conjugando os contributos destes autores, é possível demonstrar como, mais uma vez, a questão do ativismo judicial aparece associada a um ato de vontade do Judiciário, tal como preconizou Hans Kelsen. Além disso, mesmo tratando-se de outra experiência jurídica, novamente, é feita a ponte entre *vontade*, *discricionariedade* e *subjetividade*. São justamente estes elementos que permitem distanciar a postura ativista dos juízes do fenômeno da judicialização da política, base para este estudo.

---

history, prompting Eisenhower to call the appointment ‘the biggest damn-fool mistake I ever made’”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supreme’s greatest hits: the 37 Supreme Court Cases that most directly affect your life**. New York/London: Sterling, 2009. p. 9.

<sup>109</sup> “[...] Such power seems much more a matter of will – legislation, in the *Federalist’s* term – than judgement or adjudication or ‘interpretation’”. WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. pp. 4-5.

<sup>110</sup> CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América, op. cit., p. 284.

### 3 AS RAÍZES NORTE-AMERICANAS DO ATIVISMO JUDICIAL

O panorama no capítulo anterior apresentado aponta para os elementos que compõem a possibilidade de se estabelecer distinções entre o que vem sendo denominado de *ativismo judicial* e o que ficou conhecido como *judicialização da política*. O conjunto do que foi tratado nesta primeira parte demonstra, assim, a importância de se enfrentar o problema do ativismo judicial tendo como ponto de partida a busca por critérios de diferenciação destes dois fenômenos, especialmente no atual contexto, em que a atuação do Poder Judiciário aparece marcada de modo preponderante por este duplo desdobramento. Entretanto, para além de se assentar como pressuposto deste estudo uma compreensão do ativismo judicial à diferença do que se entende por judicialização da política – firmando-se as bases para se esclarecer, então, *o que o ativismo não é* –, a abordagem preliminarmente realizada proporciona a abertura para o questionamento do que pode ser apreendido como ativismo judicial.

A partir disso, a pergunta pelas possibilidades de construção de sentido acerca do ativismo judicial nos coloca diante de um enfrentamento necessário. No exercício de realizar uma reconstrução histórica sobre o problema do ativismo, é imprescindível que se traga para a presente discussão os contributos teóricos desenvolvidos pela doutrina do país, que, no mundo, talvez mais tenha se debruçado sobre este tema: trata-se da experiência vivenciada pelo constitucionalismo norte-americano. Nesta linha, a abordagem que é feita sobre a atuação do Poder Judiciário nos Estados Unidos revela-se indispensável para fins desta pesquisa por, pelo menos, três motivos: *primeiro*, porque foi no seio da tradição jurídica estadunidense que surgiram as discussões sobre ativismo judicial<sup>111</sup>; *segundo*, porque, em

---

<sup>111</sup> Não se pode esquecer que o primeiro país a utilizar a expressão *ativismo judicial* foi os Estados Unidos. O contexto deste primeiro uso foi retratado pelo autor Keenan D. Kmiec, que informa que o termo entrou no léxico político-jurídico estadunidense no ano de 1947, através da matéria publicada na revista *Fortune* pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. Segundo Kmiec, neste artigo, Schlesinger chamou de *ativistas (judicial activists)* aqueles juízes cuja atuação revelava-se comprometida com a realização de políticas de bem-estar (Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge). Por outro lado, nomeou de “Campeões do auto-comedimento” os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson, que entendiam que os objetivos sociais não deveriam apenas ser alcançados pelo Judiciário, mas também pelos outros Poderes. KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of “judicial activism”. *California Law Review*, vol. 92, n. 5, pp. 1441-1477. 2004. Importa referir que, em que pese a expressão *ativismo judicial* tenha pela primeira vez aparecido a partir do que foi referido acima, as discussões sobre os limites da atuação jurisdicional são de longa data na história do constitucionalismo estadunidense, antes mesmo do aparecimento desta expressão, especialmente porque esta tradição passou por um longo período quando se questionava, inclusive, a legitimidade do controle de constitucionalidade. Esta abordagem pode ser encontrada na obra de Charles Beard, intitulada “A Suprema Corte e a Constituição”, que foi elaborada no ano de 1912 justamente com o intuito declarado pelo autor de colocar fim à polêmica gerada em torno de se saber se a Suprema Corte poderia controlar a constitucionalidade dos atos

face da insurgência do constitucionalismo democrático no Brasil e a consequente mudança produzida no que diz respeito ao papel assumido pela jurisdição, a doutrina brasileira passou a incorporar a expressão ativismo judicial, algumas vezes acompanhada (senão fundamentada) pelos aportes teóricos norte-americanos; *terceiro* – e, neste ponto, encontra-se o impulso inicial de debater este tema –, porque, diante de tudo isso, importa analisar quais as possibilidades de realizar esta transposição de teorias ao Direito brasileiro.

Deste modo, no intuito de realizar uma empreitada de recuperação e, ao mesmo, tempo de atualização do que vem sendo contemporaneamente estudado nos Estados Unidos sobre ativismo judicial, a proposta deste segundo capítulo é, inicialmente, compreender o sistema norte-americano, ressaltando, assim, as peculiaridades da *common law*, dando ênfase à questão do estabelecimento do *judicial review* e, com isso, introduzindo o que se conhece por *teoria dos precedentes*. Em continuidade, será abordada a polêmica que, em face da afirmação dos poderes da Suprema Corte de exercer o controle de constitucionalidade, gerou-se sobre a interpretação dos direitos, iluminando, por consequência, as particularidades da Constituição estadunidense, bem como os diferentes perfis que, ao longo dos anos, a atuação jurisdicional assumiu. Ainda, em um terceiro momento, serão revisitadas as principais teorias jurídicas e políticas que contribuíram para a compreensão do fenômeno de expansão dos poderes judiciais, como as desenvolvidas por Robert Dahl, Ran Hirschl, Mark Tushnet, Christopher Wolfe e Ronald Dworkin. Por fim, será realizado um balanço intermediário da pesquisa, com o objetivo de apresentar uma análise crítica sobre as influências que a doutrina norte-americana exerceu sobre os limites da atuação jurisdicional no Brasil.

### 3.1 NOTAS SOBRE O SISTEMA NORTE-AMERICANO

Antes mesmo que se possa adentrar nas reflexões produzidas pelos autores norte-americanos acerca do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no contexto de um constitucionalismo democrático, seja no âmbito da teoria jurídica ou da teoria política, é preciso situar o surgimento destas propostas teóricas. Em outras palavras, não se pode esquecer que esta análise da atividade jurisdicional elaborada pela doutrina estadunidense está inserida em um ambiente próprio, isto é, que tem como referência um sistema jurídico

---

legislativos, manifestando-se a favor. BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Traduzido por Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

determinado (no caso, dos Estados Unidos). Para além de apenas dar-se conta desta evidência, importa saber quais os elementos que compõem esta tradição, ou seja, estudar as especificidades que conformam o arranjo político-jurídico que conduziu as diferentes linhas argumentativas dos diversos autores norte-americanos, para que, então, ao final deste capítulo, seja efetivamente possível traçar um paralelo coerente entre os contributos desta doutrina e o cenário que se desenha no Brasil. É o que objetiva, portanto, os itens a seguir, a partir de uma tríplice estrutura: aportes sobre a *common law*, as origens do *judicial review* e a *teoria dos precedentes*. Em conjunto, tudo isso dá contornos<sup>112</sup> ao que se pode chamar de *sistema jurídico estadunidense*.

### 3.1.1 A formação da *common law*: o afastamento de uma tradição assentada no predomínio da lei

Considerando *aproximações* e *distanciamentos* entre Estados Unidos e Brasil, em termos jurídicos, dois temas são recorrentes: como *aproximação*, surge o problema do ativismo judicial, no que se pode chamar de uma importação da leitura norte-americana sobre a atividade jurisdicional; como *afastamento*, aparece a questão da vinculação destes países a diferentes tradições jurídicas (para o caso brasileiro, *civil law*; já no dos Estados Unidos, *common law*). A afirmação que permite distanciar o contexto estadunidense do brasileiro não está meramente assentada na noção de *sistema jurídico*, no sentido da existência de organizações/estruturações político-jurídicas próprias. A isso deve ser somado, como mencionam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo ao desenvolver uma concepção de *tradição jurídica* à diferença de *sistema jurídico*, a dimensão cultural, isto é, de atitudes condicionadas a uma historicidade peculiar, que deve ser respeitada no estudo do Direito.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> A utilização da palavra *contornos*, aqui, é no sentido de que, evidentemente, pelos limites que impõem estas reflexões, não se pretende esgotar todos os pontos que possam ser incluídos na análise do sistema jurídico existente nos Estados Unidos, mas tratar daqueles que são a base desta tradição, abordando o suficiente para apresentar diferenciações (ou aproximações) com o contexto brasileiro. Para uma análise detalhada desta questão, Laurence Tribe, constitucionalista estadunidense, escreveu dois volumes, tendo mais de mil páginas só o primeiro. Ver, para tanto, TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 3<sup>th</sup> Edition. New York: Foundation Press, 2000, v. 1 e 2.

<sup>113</sup> Nas palavras dos autores: “Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”. MERRYMAN, John Henry;

Por este motivo, ao fazer uma abordagem da *common law*, não há como deixar de, inicialmente, trazer à lume a história da formação do direito inglês, vez que esta tradição tem suas origens na Inglaterra, através da afirmação de um direito comum (*jus commune*), proclamado pelo tribunal (inicialmente, pelo Tribunal de Westminster).<sup>114</sup> Nestes termos, originalmente, a concepção de *common law* ficava restrita à ideia de direito aplicado pelos tribunais reais ingleses criados no século XII. Com o passar do tempo e o avanço dos estudos em torno deste tema, foram sendo agregados novos modos de conceber esta tradição, que passou a ser também compreendida:

a) à diferença das regras de *equity* (regras do tribunal da Chancelaria, criadas sob influência do direito canônico, incidentes em um processo escrito, inquisitório e secreto, julgado por um eclesiástico);

b) à oposição da *civil law*; e

c) à contraposição de *statutory law* (firmando-se o entendimento de *common law* como baseado no *case law*).<sup>115</sup>

A *equity* consistia em mais um dentre os vários meios de jurisdição que surgiram em face de um esvaziamento da *common law*, provocado por um novo contexto existente na Inglaterra, marcado pelo início do que viria ser um império, pelo aumento do comércio, pela abertura de negócios de manufatura em Londres e pela venda das propriedades fundiárias, fatores que exigiam um novo modo de regulação, que superasse o rigor e o hermetismo da *common law*, que, portanto, revelava-se em descompasso com estas transformações. Pela jurisdição da *equity*, em que pese se obtivessem julgamentos mais expeditos e com menores formalidades, eram esquecidas as garantias processuais. Em razão disso, estas regras/procedimentos foram considerados irregulares e, portanto, em um *contramovimento*, passou-se a, novamente, recuperar o *jus commune*.<sup>116</sup>

Convém mencionar, ainda, que o surgimento deste tipo de jurisdição especializada (como a *equity*) ocorreu como consequência do fortalecimento do Estado-nação. Isso porque o *jus commune*, que não passava da aceitação do direito romano-canônico durante o período feudal da história europeia, esteve ameaçado diante da insurgência de um modelo que

---

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 23.

<sup>114</sup> DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 358-363.

<sup>115</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 143.

<sup>116</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** Brasília: Finatec, 2011. pp. 65-67.

justamente combatia o feudalismo <sup>117</sup>, ensejando, portanto, uma superação também pelo âmbito jurídico, o que ocorreu pela via da criação de sistemas legais nacionais, em substituição do *jus commune*.

Ocorre que a Inglaterra apresentou-se resistente a estas transformações, mantendo ainda muito do que vigorava do sistema feudal. Assim, no contexto do direito inglês, mesmo com a existência deste movimento de ruptura institucional causada pelo surgimento do Estado Moderno, que provocaria alterações também em seu sistema jurídico, o direito inglês se manteve refratário a isto. Como afirmam Merryman e Pérez-Perdomo,

O estado centralizado, com seus sistemas legais nacionais, “começaram a substituir o *jus commune*, que se tornou um direito subordinado ou complementar. [...] É importante compreender que o positivismo estatal era muito mais enfatizado, de forma consciente e acentuada, na Europa continental do que na Inglaterra. [...] Na Inglaterra, muitas das formas de feudalismo foram preservadas. [...] Mais importante de tudo, a *common law* nativa da Inglaterra, que havia se desenvolvido em linhas bastante diferentes daquelas que caracterizavam a *common law continental*, não sofreu rejeição em favor do interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo e da soberania. Ao contrário, a *common law* da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação, e este sistema legal foi vigorosamente adotado como demonstração da identidade e gênio nacionais. No continente, a revolução parecia requer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, ela parecia requer sua aceitação e mesmo sua glorificação.” <sup>118</sup>

Todos estes fatores contribuíram sobremaneira para que a *common law* fosse compreendida à distinção do que ficou conhecido como *civil law*, porque os países que objetivavam romper com o antigo regime trataram de criar um novo sistema legal. Foi este, assim, o espaço que se abriu para o surgimento das codificações. <sup>119</sup> *Civil law*, então, tradução inglesa de *jus civile*, tomada como núcleo do direito romano, foi recebido por aquelas ordens jurídicas e concebido tronco dos direitos europeus continentais. <sup>120</sup>

Assim, o movimento codificador passou a caracterizar a *civil law*, em contraposição à *common law*, tradição assentada na análise de casos (*case law*). Através de códigos, compreendidos como “compilações sistemáticas, sintéticas e científicas de normas gerais”, a lei torna-se o centro do sistema jurídico, passando a ser conferida primazia entre as fontes de direito. Tal fato reforça-se ainda mais em face da Revolução Francesa, que, trazendo

<sup>117</sup> “O surgimento do moderno estado-nação pôs termo à unidade decorrente da aceitação comum do direito romano-canônico, ou *jus commune*, que perdurou na Europa durante a era feudal e no início da era moderna”. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**, op. cit., p.46.

<sup>118</sup> Ibidem, pp. 47-48.

<sup>119</sup> “As implicações desta diferença de atitudes em relação à codificação nos mundos da *civil law* e da *common law* são óbvias. No continente, onde se pressupunha necessária a rejeição ao *jus commune*, era natural que o novo sistema legal fosse codificado; na Inglaterra, onde se julgava importante manter a *common law*, nenhuma necessidade de codificação foi sentida”. Ibid., p. 48.

<sup>120</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**, op. cit., p. 144.

afirmação do princípio da separação dos poderes, teve como consequência uma “relutância em reconhecer qualquer eficácia normativa à função jurisdicional”.<sup>121</sup>

Embora o propósito desta parte seja justamente evidenciar os diferentes contextos que separam Brasil e Estados Unidos, deve-se evitar “uma configuração caricatural das duas famílias de direitos, como se a *common law* fosse sempre e só aplicação de normas jurisprudenciais e os direitos romanos-germânicos se reduzissem à aplicação subsuntiva da lei”.<sup>122</sup> É preciso reconhecer que “o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro”, ou seja, “como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas”, basta que se observe, por exemplo, que o controle de constitucionalidade, hoje, faz parte de ambas as tradições.<sup>123</sup> Em verdade, é muito difícil nos dias atuais que se visualize o que se pode chamar de *tradições puras*, entretanto, diante disso, importa analisar em que condições ocorre essa *mixagem* e em que medida ela se revela possível.

### 3.1.2 Jurisdição norte-americana e *case law*: as origens do controle de constitucionalidade (*judicial review*)

No contexto do constitucionalismo norte-americano, é possível identificar dois entraves ao surgimento do controle de constitucionalidade (*judicial review*): a insistência dos Estados em, na defesa da liberdade, apesar de conceber a Constituição como texto fundamental, considerá-la como não vinculante em relação ao seu Poder Legislativo; e a desconfiança que os cidadãos possuíam em relação ao Poder Judiciário, no sentido de que a *common law* era considerada muito complexa, o que se pensava que poderia impossibilitar um controle público dos atos jurisdicionais, vez que a compreensão do conteúdo das leis demandava a existência de um conhecimento deveras técnico. Ambos os empecilhos que se

---

<sup>121</sup> Ibidem, pp. 40-42. Sobre a Revolução Francesa. Maurizio Fioravanti afirma que, em decorrência deste acontecimento histórico, o constitucionalismo francês apresenta um aspecto negativo: o de ser marcado por uma falta de rigidez consitucional, situação que favoreceu o papel do Parlamento, conduzindo, portanto, ao legicentrismo, próprio da *civil law*. Em contraposição, Fioravanti refere que, no cosntitucionalismo norte-americano, a primazia sempre foi dada à Constituição, consolidando-se, assim, uma supremacia constitucional, cenecebida não como um direcionamento político, mas como um constitucionalismo de garantias, marcado pela criação de mecanismos para impedir a arbitrariedade política, inclusive, do Parlamento. Sobre esta questão, ver: FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Traducción de Manuel Martínez Neira. 4. ed. Madrid: Trotta, 2003. pp. 55-75.

<sup>122</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**, op. cit., p. 150.

<sup>123</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**, op. cit., p. 25.

criaram em torno da afirmação do *judicial review* estavam assentados no fato de que não se imaginava um órgão do poder judicial anulando atos de instituições que possuíam representatividade perante a população. Contudo, tudo isso sucumbiu diante do julgamento do caso *Marbury versus Madison*.<sup>124</sup>

A origem do *judicial review* vem sendo alvo de muitas discussões teóricas. Dentre os diversos posicionamentos desenvolvidos, pelo menos há um ponto comum: de que a sentença proferida por Chief Justice Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison*<sup>125</sup>, foi uma manifestação do poder da Corte em *revisar* uma decisão política. Isto é, embora as alterações que se operaram na atuação da Suprema Corte a partir do século XIX resultem uma dificuldade de se enxergar nesta decisão o *judicial review* tal como ele é atualmente exercido, não se pode negar as contribuições que este caso trouxe para o direito norte-americano, pois se, algumas modificações ocorreram, foram a partir de uma base – e esta é o caso já referido<sup>126</sup>.

Entretanto, pouco se questiona ou se aprofunda os estudos no sentido de compreender o que levou Marshall a decidir daquela maneira. Ou seja, a doutrina simplesmente enxerga o constitucionalismo estadunidense a partir de 1803, *num fechar de olhos para o passado*. Assim, na tentativa de encontrar a origem do *judicial review* em um momento anterior, David Ball, em uma síntese do que propõe em seu livro, faz a importante afirmação: “[...] the origins of the constitutional power of judicial review lie in the historical development and application of the duty to resist tyranny”<sup>127</sup>.

De fato, a decisão proferida no julgamento do caso *Marbury v. Madison* justamente estabelecia limites ao agir governamental a partir do que estava previsto no texto constitucional, especialmente: a) no Art. III, que coloca o Poder Judiciário como um dos

<sup>124</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**, op. cit., p. 153.

<sup>125</sup> O resumo do caso *Marbury v. Madison*, pode ser assim feito: John Adams, presidente dos Estados Unidos, na véspera de deixar o cargo, designou que William Marbury ocupasse o cargo de juiz de paz, entretanto, Thomas Jefferson, sucessor na presidência, não reconheceu o desígnio de Adams. Marbury recorreu à Suprema Corte para que James Madison, então Secretário de Estado, o empossasse como juiz de paz com base na seção 13 do Judiciary Act de 1789. No entanto, em 1802, o Congresso revogou o Judiciary Act. Então, ciente de que se fosse concedido o mandado a decisão poderia não ser cumprida, Marshall estabeleceu que Marbury tinha direito de ser empossado, tendo em vista que a nomeação era irrevogável. Mas negou que a Suprema Corte poderia julgar o caso, pois a seção 13 do Judiciary Act, que lhe atribuía tal competência, era inconstitucional, na medida em que ampliava a competência da Suprema Corte estabelecida constitucionalmente. Sobre o caso, ver: LEVY, Leonard W. *Marbury v. Madison*. In: \_\_\_\_\_; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**: selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990. pp. 15-20.

<sup>126</sup> BALL, David T. **The historical origins of judicial review, 1536-1803: the duty to resist tyranny**. Queenston: The Edwin Mellen Press, 2005.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 4. Convém destacar que o autor vai um pouco mais além, atribuindo a origem do *judicial review* à Reforma de John Calvin.

subordinados à Constituição; e *b*) no Art. VI, que garante a supremacia da Constituição. Nesse contexto, se, por um lado, o dever judicial de aplicar a Constituição era inquestionável, considerando a supremacia constitucional; por outro, havia uma forte dúvida quanto à legitimação do exercício de um controle de constitucionalidade pelas Cortes, o que, por muitos, foi compreendido como abusivo, pois, apesar de estar firmado na Constituição norte-americana que o Poder Judiciário deveria atuar sob os ditames constitucionais, não estava expressamente incluído *revisar* os atos emanados dos demais Poderes. Nesse sentido, a história do constitucionalismo norte-americano é muito importante, pois foi em seu âmbito que surgiram os primeiros debates sobre a legitimidade da atuação da Corte Constitucional.<sup>128</sup>

Muitos foram os esforços, portanto, para encontrar um meio de legitimação para o *judicial review*. A primeira tentativa foi buscar amparo constitucional, mas, como já visto anteriormente, tal hipótese fracassava diante da ausência de previsão expressa da possibilidade de exercício deste controle pelo Judiciário. Diante disso, os olhares foram voltados para a tradição inglesa, especificamente para o posicionamento a favor do *judicial review* proferido por Sir Edward Coke (no julgamento do *Bonham's Case*, em 1610), entretanto, isso não poderia servir como base, pois, embora declarado o poder de revisão dos juízes, não se via concretizar na Inglaterra o que por ele havia sido proposto, já que esta havia sido apenas uma estratégia de Coke para resgatar o *jus commune*, que havia perdido sua força em face da existência de jurisdições especializadas (como a *equity*).<sup>129</sup> Por último, foi tentado um retorno às origens, numa busca de fundamentação pré-constitucional, contudo, é muito difícil encontrar vestígios de que os *Framers* teriam sido favoráveis a um controle de constitucionalidade exercido pelos juízes, sendo que o mais próximo disso que se possa ter chegado foi o projeto (frustrado) de estabelecer o exercício do poder de veto de forma conjunta pelo Presidente e pelos juízes.<sup>130</sup>

Todos esses entraves para legitimar a atuação das Cortes foram frutos do momento histórico vivenciado pelos Estados Unidos. Não se pode esquecer que isso possui estreita relação com o fato de que, quando do surgimento do constitucionalismo estadunidense, havia uma forte discussão, entre Federalistas e Antifederalistas, quanto à compreensão de República Americana. O chamado “republicanismo populista”, defendido por Thomas Jefferson e os

<sup>128</sup> GUNTHER, Gerald. *Judicial Review*. 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. pp. 3-14.

<sup>129</sup> A primeira forma de exercício de *judicial review* ocorreu quando Coke, para salvar o *common law*, que havia sido enfraquecido pela existência de jurisdições especializadas, tal como a de *equity*, declarou a possibilidade de os juízes controlar os atos parlamentares, que, se contrários a *common law*, deveriam ser considerados nulos. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**, op. cit., p. 67.

<sup>130</sup> *Ibidem*, pp. 5-7.

Antifederalistas, partia da ideia de que a participação popular era fundamental para a República, motivo pelo qual,

se o Poder Judiciário não pudesse ser reduzido a mere machine, ou seja, a órgão obrigado a uma estreita aplicação do texto da lei, o poder dos juízes poderia, de fato, [...] abalar a lógica democrática, tornando-se um poder impróprio no interior de um governo republicano.<sup>131</sup>

Por outro lado, para Adams e os Federalistas, era necessário afastar-se da concepção republicana francesa e inglesa (de participação popular), na medida em que a “onipotência de um regime democrático” acabava retomando justamente o absolutismo com o qual se pretendia romper. Com isso, ganhava espaço o controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Judiciário, na defesa dos interesses contramajoritários.

A experiência constitucional estadunidense repercutiu sobremaneira no cenário mundial, através de duas importantes afirmações: da soberania da Constituição, no sentido de que o texto constitucional passou a ser considerado superior a outros atos normativos; e do papel do Judiciário na defesa da Constituição, incluindo o dever de tornar nula legislação que lhe confrontasse. Ocorre que ambos os resultados deste movimento de constitucionalização não foram previstos pelos *founders*, tanto é que, originalmente, a Constituição não incluía mecanismos diferenciados para sua modificação – o que veio a ser implementado apenas em 1780 –, assim como, nos primórdios, o Judiciário sequer era visto como ramo do Estado, sendo considerado ainda subordinado às assembleias locais.<sup>132</sup>

### 3.1.3 O sistema de vinculação das decisões judiciais: a teoria dos precedentes

Derivada do direito inglês e incorporada pela doutrina norte-americana, a teoria do precedente surge direcionada a garantir a coerência nos sistemas jurídicos fundados na *commom law*, em que os juízes são obrigados a tomar suas decisões respeitando as regras estabelecidas em julgamentos passados.<sup>133</sup> Nesta concepção também está incluída a regra do

<sup>131</sup> CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América, op. cit., pp. 274-275.

<sup>132</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**, op. cit., pp. 150-152.

<sup>133</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

*stare decisis*, pela qual um caso presente, se considerado semelhante a outro anterior, deverá ser julgado do mesmo modo.<sup>134</sup> Como mesmo diz Castanheira Neves, “o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu [...] – que se soma ou se impõe – como padrão casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica”.<sup>135</sup>

Na jurisprudência dos Estados Unidos, conhecida como *case law*, a vinculação dá-se especialmente por um critério hierárquico. Ou seja, “os tribunais inferiores sentem-se vinculados a decidir do mesmo modo que casos semelhantes foram decididos por tribunais superiores”. Neste sentido, os tribunais estaduais estão vinculados ao precedentes contidos em anteriores decisões de tribunais hierarquicamente superiores do mesmo Estado e por precedentes contidos em anteriores decisões de tribunais federais que apliquem direito federal ou direito do respectivo Estado; e os tribunais federais, por sua vez, estão vinculados por precedentes contidos em anteriores decisões de tribunais federais hierarquicamente superiores e, quando apliquem direito estadual, por precedentes contidos em anteriores decisões dos tribunais superiores do respectivo Estado.<sup>136</sup>

Essa vinculação de um julgado passado a um litígio presente não se dá de modo automático ou imediato. Quando se vai jogar a aplicabilidade, é necessário analisar a força (*authority*) que liga os dois casos. Como refere Maurício Ramires, “essa força pode ser obrigatória (*binding* ou *constraining*) ou meramente persuasiva (*persuasive* ou *advisory*).<sup>137</sup> Além disso, só são vinculantes as decisões tomadas pelo mesmo órgão judiciário, exceto a Suprema Corte Federal, que vincula todas instâncias, e as Corte Supremas Estaduais, que abrangem as decisões tomadas em seu estado. Em relação a este aspecto vinculatorio, há algo interessante: as Cortes Supremas (tanto no âmbito federal quanto no estadual) não vinculam a si próprias.

Considerando que toda decisão gera um acórdão (chamado de *opinion of the court*), o que efetivamente é o precedente? Trata-se do *holding* do caso. É a discussão a seu respeito, nos limites da controvérsia jurídica, que ganha força vinculante em relação a casos futuros. Neste sentido, há uma significativa diferença entre o *holding* e o *dictum*, sendo este último a parte não vinculante da decisão, porque é apenas o espaço de afirmação do julgado.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**, op. cit., p. 97.

<sup>135</sup> NEVES, Castanheira António. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. **Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, 1983, p.12.

<sup>136</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**, op. cit., pp.128-129.

<sup>137</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, op. cit., pp. 65-66.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 68-69.

É possível dizer que o *stare decisis* é mais flexível nos Estados Unidos. No direito inglês, os precedentes ganham força de regra. Ao contrário, no contexto estadunidense, tal postura é mais flexível, podendo ocorrer que um tribunal não respeite o precedente. Daí porque se diz que no direito constitucional norte-americano há uma *política* do precedente.<sup>139</sup>

Para finalizar, importa referir que a política de precedentes não dispensa o caráter interpretativo da análise se determinado julgado deve ser aplicado a um caso. Como afirma Maurício Ramires, “a própria noção de precedente resulta da possibilidade de novos juízes darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as possibilidades de distinguir (*to distinguish*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) o precedente, de acordo com as exigências do caso.”<sup>140</sup> É por esse motivo que alguns autores afirmam que a grande virtude da *common law* é que ela “constrói os princípios caso a caso”, “adquirindo seu poder através da história”<sup>141</sup>.

Até agora, foi possível observar descritivamente a caracterização do sistema norte-americano a partir daquilo que se entende por *teoria da vinculação jurisprudencial estadunidense*. Qual a relevância desta abordagem no contexto do estudo pretendido? Em outras palavras, qual a relação disso com o problema do ativismo judicial (em especial, no Brasil)? Por que é necessário fazer esta retomada?

Tudo o que foi referido acima demonstra que os elementos que constituem o sistema de precedentes estadunidense apresentam o distanciamento que há entre este modelo de jurisdição e o brasileiro. Ocorre que, apesar disso, há uma tendente tentativa de aproximação entre ambos, que se dá tanto no âmbito teórico, pela defesa de um ativismo judicial (muitas vezes às avessas do que se pode apreender da experiência dos Estados Unidos), quanto pela criação de mecanismos processuais análogos aos existentes naquele país. Em relação a este último ponto, pode-se mencionar, por exemplo, o caso das súmulas vinculantes.

Ainda que a atribuição de caráter vinculativo às súmulas tenha pretensamente ocorrido como aproximação à teoria dos precedentes norte-americanos, é possível identificar uma série

<sup>139</sup> “Em comparação com a doutrina inglesa do precedente, o *stare decisis* é mais **flexível**, (princípio, o vincularia, na convicção de que o tribunal superior também não o aplicaria. Por isso, se diz que, enquanto em Inglaterra os precedentes se aplicam por força de regras vinculativas (*rule*), nos Estados Unidos não há mais do que uma **política do precedente (policy)**”. ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**, op. cit., pp. 29-30. (grifos do autor)

<sup>140</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, op. cit., p. 73.

<sup>141</sup> Esta é uma tradução livre do que foi exposto por John Laws (Lord Justice Appeals) : “[...] the great virtue [of *common law*] is that it builds principle case by case. It never starts with a premise given *aliunde*, from which in the particular field all else is said to follow. It has no premise *outside itself*. Seemingly basic principles, such as the court’s duty to obey and give effect to primary legislation, are not given to the common law; they are creature of it. It owes its power not to dictar, but to history. There is, therefore, nothing *dirigiste* about the common law”. LAWS, John. *Judicial review and the meaning of law*. In: FORSYTH, Christopher (Ed.). **Judicial review and the Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2000. pp. 173-190.

de diferenças entre estes dois sistemas. Neste sentido, Georges Abboud apresenta uma importante contribuição ao tema, abordando a diferenciação sob quatro frentes: *a)* quanto ao modo de aplicação, *b)* quanto ao âmbito de vinculação, *c)* quanto ao seu alcance, e *d)* quanto à sua teleologia. Em resumo, a partir da observação destes critérios distintivos, é possível dizer que, à diferença dos precedentes, a súmula vinculante: possui natureza legislativa, valendo por seu enunciado genérico e abstrato, e não por uma problematização dos fundamentos que possibilitaria utilizá-la para casos análogos (*a*); apresenta vinculação obrigatória, passível de ser reclamada perante o STF se não cumprida, ao passo que dos precedentes não decorre essa inexorabilidade vinculante (*b*); encerra-se em um texto normativo, tal qual a produção legislativa, motivo pelo qual seu alcance aparece delimitado, o que não ocorre no caso dos precedentes, que dependem de uma identificação dos fundamentos da decisão do caso decidido com situação semelhante, o que torna sua abrangência um tanto quanto conflituosa (*c*); foram criadas com o fito de controlar (engessar) o Judiciário, ao passo que os precedentes, ao longo da história constitucional estadunidense, representaram, primeiro, uma forma de fortalecer a atuação jurisdicional em face dos poderes do rei e, depois, como modo de controlar a decisão judicial, no intuito de preservar a segurança jurídica (*d*).<sup>142</sup>

Assim, embora o contexto brasileiro já fosse marcado pela obediência aos enunciados sumulares (ainda sem força vinculativa), a introdução deste instituto pela Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe várias consequências para o Direito no país. Instaurou não apenas o paradoxo de ser, ao mesmo tempo, uma proposta de agilização dos julgamentos e de padronização dos mesmos (numa espécie de defesa da segurança jurídica), mas sua má compreensão deu azo a pronunciamentos discricionários, descontextualizados e descomprometidos com o caso concreto, o que demonstra os problemas de assimilação de mecanismos oriundos de outras tradições jurídicas.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 165, pp. 218-230, nov. 2008. Ainda, este tema é trabalho pelo mesmo autor no livro: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>143</sup> Esta leitura crítica das súmulas vinculantes é feita por Lenio Streck, em seu **Verdade e consenso**, op. cit., pp. 394-402.

### 3.2 A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS E A POLÊMICA EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DOS CHAMADOS “DIREITOS ABSTRATOS”

No âmbito do constitucionalismo estadunidense, há o entendimento de que o Legislativo faz as leis; o Executivo as aplica; e o Judiciário as interpreta. Para Michael G. Trachtman, isto tudo é verdade, mas descrever a atuação da Suprema Corte desta maneira apresenta-se acertado desde uma perspectiva, mas tão incompleto que pode ser grosseiramente enganoso. Na verdade, a Suprema Corte revela-se como um órgão imponente de modo jamais visto.<sup>144</sup>

A Constituição norte-americana foi esboçada pelos *framers*, consistindo em um documento “[...] definitivo em muitos aspectos, mas também tão suficientemente vago que pôde ser aplicado em inimagináveis circunstâncias”<sup>145</sup>. Diante disso, a forma de manter o texto constitucional vivo foi através da atuação da Suprema Corte. Por sua vez, isso ocorreu por duas vias: tanto por sua autoridade em tornar inválido ou sem efeito leis e outros atos governamentais (ou seja, por intermédio do exercício do *judicial review*), quanto por seus posicionamentos em relação à interpretação do texto constitucional, definindo certas questões controversas.<sup>146</sup>

A partir disso, é possível afirmar que a história do direito constitucional estadunidense possui uma “composição descontínua”, no interior da qual Laurence Tribe identifica a existência de sete modelos de direito constitucional. Estas construções constituem alternativas para o argumento jurídico e para a tomada de decisão. Na verdade, os setes modelos são tendências, isto é, “problemas característicos e respostas iluminadoras das facetas ou elementos do sistema de fins que a Constituição incorpora”.<sup>147</sup>

Em resumo, o modelo I implicou a primazia da separação dos poderes, em que a acumulação de poder em qualquer pessoa ou grupo era considerada tirania; o modelo II diz respeito à limitação do governo, distinguindo as esferas privada e estatal; os modelos III e IV, de certo modo vazios de conteúdo, simbolizaram, em um primeiro momento, o

<sup>144</sup> Isso fica bem claro quando Michael G. Trachtman afirma que: “Various lower courts disagreed. The Supreme Court interpreted the wording and intent of the statutes and made a ruling. *End of controversy*”. TRACHTMAN, Michael G. **The Supreme’s greatest hits**, op. cit., p. 1. (grifos nossos)

<sup>145</sup> No original: “The framers of the Constitution drafted a document that was definitive in many respects, but also sufficiently vague so that it could be applied to unimaginable, changing circumstances”. Ibidem, p. 2.

<sup>146</sup> Ibidem, pp. 2-3.

<sup>147</sup> No original: “[...] represent not modes of construing or understanding the Constitution but, rather, characteristic problems and responses illuminative of *facets or elements of the system of ends that the Constitution embodies*”. TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**, op. cit., p. 6. (grifos do autor)

estabelecimento de expectativas na sociedade (III) e, posteriormente, a regularidade governamental (IV); o modelo V, centrado na preferência de direitos, significou a exclusão da atuação do poder governamental de certas esferas, imunizando determinadas escolhas (grupo de direitos) da intrusão de medidas governamentais; o modelo VI priorizou a igualdade, através da inclusão de aspectos sociais fundamentais; e o modelo VII dá ênfase à justiça estrutural, que conjuga preocupações estruturais sobre as decisões do governo com aspectos substantivos da garantia dos direitos.<sup>148</sup>

Embora estes sete modelos sejam atravessados pelas teorias interpretativas, não representam modos de compreender a Constituição. Sobre este aspecto, é possível dizer que a polêmica sobre os direitos enumerados e não enumerados redimensionou o papel da jurisdição constitucional nos Estados Unidos. Assim, na sequência, serão trazidos as principais discussões que fomentaram diferentes interpretações acerca dos direitos previstos na Constituição norte-americana, o que, ao final, teve como consequência a caracterização de “eras da jurisdição”.

### **3.2.1 A interpretação dos direitos e a polaridade entre direitos enumerados e não enumerados**

Os Estados Unidos, juntamente com a Inglaterra, sua metrópole, foi um dos primeiros países a garantir direitos pela via de um documento escrito. O direito constitucional norte-americano possui um denso conteúdo de proteção de liberdades, o que marcou a história do país, identificando-o mundialmente por tal característica. Apesar disso, a Constituição estadunidense possui um conteúdo que se pode dizer textualmente *mínimo*, muito abrangente e composto por uma linguagem um tanto quanto abstrata.

Como conjugar, então, esses dois fatos – a existência de um país considerado tão progressista na afirmação de direitos e, ao mesmo tempo, esta mesma nação possuir um texto constitucional tão enxuto? O meio de compatibilizar estas duas características foi através da criação pela doutrina estadunidense de estratégias teóricas, como a “leitura moral da Constituição”, defendida por Ronald Dworkin.<sup>149</sup> Com isso, acadêmicos e também a

<sup>148</sup> TRIBE, Laurence. **American constitutional law**, op. cit., pp. 4-16.

<sup>149</sup> A tese de Dworkin sobre sua leitura moral da Constituição é que as cláusulas que estabelecem direitos individuais foram esboçadas em uma linguagem moral, isto é, referem-se a princípios morais e naturalmente incorporam-nos como limites ao poder governamental. Como pode surgir controvérsias acerca da compreensão

Suprema Corte objetivaram reforçar o papel da Constituição, evidenciando o caráter interpretativo do Direito, mediante o qual seria possível utilizar-se de uma *visão ampliada* dos direitos constitucionalmente previstos.

A partir disso, é possível dizer que o constitucionalismo nos Estados Unidos esteve preponderantemente marcado pela existência desta polêmica surgida em torno dos direitos considerados *abstratos*. Se, por um lado, a dimensão interpretativa atribuída aos direitos constitucionais estendeu o conteúdo do que havia sido textualmente previsto, incluindo mais garantias aos cidadãos, por outro, gerou a desconfiança sobre as Cortes, no sentido de questionar se, ao decidir sobre tais direitos, os juízes estariam impondo suas próprias convicções morais acima de fundamentos jurídicos. Deste modo, passou-se a discutir a autoridade da Suprema Corte na aplicação destes direitos.

Neste contexto, Ronald Dworkin apresenta duas importantes teses: primeiro, que a esfera jurisdicional não escapa dessa interpretação moral da Constituição, no sentido de que, independente do modo como isso vá repercutir na atuação dos juízes, o argumento moral é por eles amplamente utilizado; e, segundo, que isso impulsionou a caracterizar sua postura como “liberais” ou “conservadores”. Ou seja, Dworkin afirma que, em sendo essa leitura moral admitida pelos juízes, quase nunca aparece como exurgente da própria Constituição e, como consequência, a relação Direito e Moral acaba sendo corroída, porque a Moral passa a ser associada com determinada era de posicionamento judicial. Assim, segundo o autor norte-americano, a transferência dessa moralidade para uma “elite profissional” (como a judiciária) apresenta-se como um problema para a soberania popular.<sup>150</sup>

Na verdade, através de uma concepção de uma “living constitution”, juízes acabam inventando um novo documento ao invés de dar uma nova interpretação. Como menciona Dworkin, o problema nunca foi discutir se o juízes devem interpretar a Constituição, mas em saber *como* ocorre esta interpretação, tendo em vista que muitas vezes acaba sendo mitigada

---

destes princípios, Dworkin esclarece que eles podem ser traduzidos na ideia de que “[...] o governo deve tratar todos os sujeitos sob seu domínio como possuidores de igual status moral e político; ele deve tentar, com boa fé, tratar a todos com igual respeito; e deve respeitar quaisquer que sejam as liberdades individuais que sejam indispensáveis para estes fins, incluindo, mas não se limitando às liberdades mais especificadamente designadas do documento, como liberdade de expressão e religião”. (Tradução literal. No original: “[...] government must treat all those subject to its dominion as having equal moral and political status; it must attempt, in good faith, to treat them all with equal concern; and it must respect whatever individual freedoms are indispensable to those ends, including but not limited to the freedoms more specifically designated in the document, such as the freedoms of speech and religion”. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the american constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 7.

<sup>150</sup> Nas palavras de Dworkin, ainda, isso cria um contraste entre as práticas constitucionais e as teorias constitucionais: “That is the source of the paradoxical contrast between mainstream constitutional practice in the United States, which relies heavily on the moral reading of the Constitution, and mainstream constitutional theory, which wholly rejects that reading. The confusion has had serious political costs”. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law**, op. cit., p. 4.

pela atuação discricionária de juízes e tribunais.<sup>151</sup> Isso não apenas afeta a esfera jurídica como também a política, especialmente pelo fato de que os ministros da Suprema Corte são indicados pelo poder político. Aliás, o presidente Dwight Eisenhower, quando saiu da presidência, afirmou categoricamente que ele havia cometido dois erros durante seu mandato: ter indicado *Chief Justice* Earl Warren (que, apesar de ter sido um político republicano, presidiu o período mais ativista da Suprema Corte) e *Justice* William Brennan (cuja atuação lhe confere o título de mais liberal dentre os juízes), o que demonstra como o caráter abstrato dos direitos constitucionalmente previstos acabou dando abertura para posicionamentos politicamente comprometidos.<sup>152</sup>

É possível observar, assim, como a relação Direito e Moral é atravessada pela Política através da atribuição de autoridade aos juízes, que podem acabar tomando suas decisões a partir de uma intencionalidade político-partidária. Com isso, a interpretação e a própria leitura moral da Constituição acabam possibilitando uma postura do Judiciário considerada elitista, antipopulista, antirrepublicana e antidemocrática.<sup>153</sup> Ou seja, sob a senda de uma compreensão ativista da jurisdição, a dimensão interpretativa do Direito, bem como a leitura moral da Constituição, acabam revelando-se como um problema, o que evidencia a necessidade de se superar a discricionariedade de juízes e tribunais. Em outras palavras, de nada adiantam os avanços trazidos pela *descoberta interpretativa* do Direito e o resgate da Moral se tudo isso ainda ficar centrado na figura de um sujeito, cujas vontades são investidas de oficialidade pela política constitucional (isto é, por sua função jurisdicional).

Tudo isso introduz a polêmica existente entre direitos enumerados e não enumerados nos Estados Unidos. Neste cenário, é possível encontrar os seguintes posicionamentos: os que aceitam esta distinção estrutural e entendem que a Suprema Corte só tem autoridade para aplicar os chamados direitos enumerados e, por outro lado, os que afirmam que a Suprema Corte tem poder para aplicar os direitos conhecidos como não enumerados. No fundo, trata-se de uma discussão sobre os limites do poder judicial, pela qual a aplicação dos direitos não enumerados pode ser considerada um extrapolamento de suas funções (como no argumento

---

<sup>151</sup> Acerca deste mesmo assunto, Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf possuem um texto, no qual, em determinado momento, questionam o papel da Suprema Corte na interpretação dos direitos não enumerados, no mesmo sentido em que Dworkin critica a discricionariedade dos juízes: se, com o julgamento do caso *Lochner*, Holmes estabeleceu que havia uma distinção entre o conteúdo constitucional e a teoria econômica, por que a Constituição pode depender de uma teoria pessoal dos juízes na definição de alguns direitos como fundamentais? TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. Levels of generality in the definition of rights. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 57, n. 4, pp. 1057-1108, Fall. 1990. p. 1060.

<sup>152</sup> DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**, op. cit., p. 5.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 6.

do Justice White no caso *Bowers v. Hardwick* de que a Constituição não previa um direito à sodomia).<sup>154</sup>

Sobre esta discussão, Laurence Tribe e Michael Dorf, por exemplo, que escreveram um texto para tratar dos níveis de generalidade dos direitos fundamentais, entendem que, para resolver determinados casos, é preciso recorrer a um sistema de valores. Entretanto, ao contrário de Dworkin, afirmam que por mais que este sistema possa ser compartilhado entre juízes ou mesmo pela sociedade em geral, de um modo ou de outro, trata-se de um elemento externo ao texto literal da Constituição, motivo pelo qual é possível se falar em direitos não enumerados. O problema é que, com isso, estes autores assumem que haja uma parcela de subjetividade (preferências e simpatias) insuperável na atuação dos juízes, embora também afirmem que isso não signifique o abandono de um necessário esforço na tentativa de eliminar tais traços da atuação jurisdicional.<sup>155</sup>

O posicionamento de Ronald Dworkin, por sua vez, é de que esta divisão entre direitos enumerados e não enumerados é pífia, um “engano semântico”. Isso porque a chave da questão não é de referência (isto é, de se saber quais são os direitos textualmente previstos), mas de interpretação. Ou seja, mesmo diante de um direito considerado enumerado, como a liberdade de expressão, a controvérsia surge a partir do questionamento sobre se esse direito é aplicável a determinada situação, como, por exemplo, se ele pode dar guarida ao ato de queimar a bandeira de seu país, o que depende de uma teoria constitucional, construída através de uma leitura moral da Constituição, que fundamente tal direito. Em última análise, significa que os direitos não decorrem da grafia de seu texto.<sup>156</sup>

Ainda no que diz respeito a esta polêmica, Richard A. Posner estabeleceu um debate com Dworkin, que o levou a conclusões diametralmente opostas à preocupação com os fundamentos democráticos da atuação do Judiciário. Posner parte do apontamento de dois modos através dos quais os juízes pautam suas decisões: pela construção de uma teoria que servirá de norte para a decisão da controvérsia (o que ele chama de “*top-down reasoning*”) e por uma argumentação que parte do caso ou do conjunto de casos (“*bottom-up reasoning*”).<sup>157</sup>

<sup>154</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>155</sup> TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. Levels of generality in the definition of rights, op. cit., p. 1060.

<sup>156</sup> Como afirma Dworkin: “I must be clear. I am not arguing that the Supreme Court should enforce unenumerated as well as enumerated constitutional rights, anymore than I meant to argue, in my remarks about a speaker’s meaning, that the Court is right to ignore or modify what the framers said. I meant that the distinction between enumerated and unenumerated rights, as it is commonly used in constitutional theory, makes no sense, because it confuses reference with interpretation”. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law**, op. cit., p. 80.

<sup>157</sup> POSNER, Richard A. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. **The university of Chicago Law Review**, Chicago, v. 59, n. 1, pp. 433-450, winter. 1992. p. 435.

Considerando esta distinção, de pronto, ele rejeita o segundo critério decisório, sob a alegação de que, por trás da observação de um precedente, há mais do que a remissão a um caso e, também, que este tipo de argumentação acaba construindo um texto que dá respostas a perguntas que já não são mais questionadas. Abandonando esta perspectiva, então, Posner passa a abordar a teoria que Dworkin constrói, a partir de uma visão de Constituição como um todo (que ele passa a chamar de uma “teoria holística”).

Neste ponto, o autor refuta a tese de Dworkin, filiando-se à doutrina realista de Oliver Wendell Holmes<sup>158</sup>, sob o fundamento de que a atuação judicial baseada no instinto do intérprete transcende à uma análise teórica do caso. Utilizando de argumentos *de fato* (que considera, por exemplo, na discussão sobre a constitucionalidade do aborto, a situação de que ele já vem sendo praticado pelas mulheres com maiores poderes aquisitivos), Posner afirma que sua proposta é menos arriscada do que a teoria totalizante de Dworkin (centrada na preocupação de que o Direito não mude conforme se altere a composição da Corte). Isso porque poucos juízes estão habilitados a compreender ou criar teorias políticas, ao passo que sempre poderão se guiar por seus instintos.<sup>159</sup>

Deste modo, o autor conclui seu posicionamento acerca da polêmica dos direitos não enumerados, afirmando que, por mais que possa ser acusado o caráter de subjetividade e relativismo de sua postura, é visível que os juízes saibam lidar melhor com os fatos do que com a teoria. Com isso percebe-se que ganha razão Dworkin ao afirmar que esta discussão trata, na verdade, de um problema interpretativo (e não de uma distinção estrutural)<sup>160</sup>. E,

---

<sup>158</sup> Convém mencionar que Oliver Holmes se insere no contexto da tradição norte-americana conhecida como realismo jurídico. Este movimento, amparado em uma atuação pragmaticista de juízes e tribunais, ressaltou o papel do Judiciário na interpretação dos direitos, do que resultou a conhecida afirmação de que *o Direito é aquilo que os juízes dizem que é*. Isso fica evidente no texto *The Path of the Law*, quando o autor pergunta pelo quê constitui o Direito. Ele afirma que muitos consideram-no como algo diferente do que decidem os tribunais: como um “sistema da razão”, uma dedução a partir de princípios éticos ou reconhecidos axiomas (“[...] a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms” [...]). Entretanto, sob a perspectiva do homem mau, Holmes afirma que ele não está preocupado com isso, mas em saber o que os tribunais farão de fato. E termina dizendo que isto é o que se entende por Direito: “I am much of his mind. The prophecies of the what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence**. The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 336.

<sup>159</sup> POSNER, Richard A. *Legal reasoning from the top down and from the bottom up*, op. cit., pp. 446-448.

<sup>160</sup> Aliás, é esta também a posição de Tribe e Dorf, que, na discussão sobre a importância dos direitos numerados e não enumerados, fazem uma relevante afirmação: por mais que os direitos enumerados, por estarem textualmente previstos, possam ser compreendidos como mais importantes, isso não significa que, na determinação de seus conteúdos, estejam dispensados de interpretação pelos juízes. Isto é, o fato de que compõem a Constituição norte-americana não os torna menos livre de subjetividade em sua consideração como fundamentais. Este posicionamento é interessante, na medida em que aponta para a dimensão hermenêutica do direito e aponta os problemas mesmo em relação aos direitos chamados de enumerados. TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *Levels of generality in the definition of rights*, op. cit., p. 1061.

neste sentido, Posner se desonera de qualquer controle da jurisdição em favor da defesa de uma interpretação instintiva.

É possível notar, portanto, o quanto as teorias interpretativas influenciam na compreensão do papel das Cortes em solo estadunidense (em especial, da Suprema Corte). Também o ativismo judicial é atravessado por tais debates. O ponto fundamental consiste exatamente em perceber que a leitura moral da Constituição, seja o texto constitucional escasso na enumeração de direitos ou não, não se confunde com ativismo judicial.

Em princípio, devido ao detalhamento do texto constitucional brasileiro no estabelecimento de direitos e garantias, a afirmação da necessidade de uma leitura moral da Constituição para ampliar o conteúdo de certos direitos e, ao mesmo tempo, para balizar a atuação dos juízes (em face do que, nos Estados Unidos, chamar-se-ia de direitos não enumerados) dispensaria esta estratégia teórica do constitucionalismo estadunidense, uma vez que isso decorre diretamente da própria textualidade da Constituição do Brasil, especialmente porque estabelece objetivos (de bem-estar) ao Estado. Por esta peculiaridade, a polêmica sobre os limites da atividade jurisdicional (e, assim, a discussão sobre ativismo judicial) também deveria apresentar-se, em comparação à experiência norte-americana, no mínimo, *amenizada* (porque este Poder estaria estrangido pela própria Constituição). Apesar disso, pela defesa da discricionariedade, deu-se entrada para outro tipo de discurso moral não decorrente do que é informado pela Constituição, qual seja, o da moral particular/individual do juiz (que, nesta linha, surge na condição de “predador externo” do texto constitucional).

### 3.2.2 A “constituição invisível” (Laurence Tribe)

Com o título “A Constituição invisível”, Laurence H. Tribe pretende demonstrar que a resposta para a pergunta “o que é uma Constituição?” está para além da apresentação de seu texto. Em outras palavras, há muito da Constituição que não pode ser visto pelas linhas que lhe compõem. Contudo, isso, por outro lado, também significa afirmar que há diversas questões sobre as quais a Constituição silencia.<sup>161</sup>

A tese de Tribe é absolutamente relevante para o constitucionalismo norte-americano. Isso porque, como é sabido, a Constituição dos Estados Unidos é composta por apenas sete

---

<sup>161</sup> Como afirma o editor da nota que abre o livro “o objetivo do autor neste livro é tornar visível nossa constituição invisível” (“His goal in this book is to make visible our invisible Constitution”). TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. xiv.

artigos e vinte e sete emendas. Por este motivo, considerando a numerosa quantidade de contendas jurídicas que dão margem para a Suprema Corte decidir, o contexto jurídico norte-americano reclama um pressuposto teórico que fundamente as decisões tomadas, que permita entender a constitucionalidade para além da textualidade, uma vez que a Constituição dos Estados Unidos apresenta-se muito sintética.

A Constituição estadunidense deixa em aberto muitas questões. A maior delas é a de saber o que ela própria inclui e o que exclui. Pode um cidadão ler a correspondência eletrônica de outro? Pode-se perder o emprego por ser a favor da descriminalização da maconha? Estas, dentre muitas outras questões, no fundo, são direcionadas à Constituição, embora o meio para obter tais respostas, na contemporaneidade, tenha sido o Judiciário. E, como diz Tribe, isso dependerá também, da composição da Suprema Corte no momento.<sup>162</sup>

Com isso tem-se que, por mais que a Constituição se nomeie, por seus dispositivos, texto supremo, disso não decorre sua supremacia, tampouco legitimação. Como resolver então, esta questão de um texto que, por si só, não garante suas próprias respostas? Tribe resolve esta questão na articulação dos conceitos de constituição visível e invisível:

In at least these basic respects, it seems obvious that we must have an invisible Constitution as well as a visible one: it's the invisible Constitution that tells us what text to accept as the visible Constitution of the United States, as well as how much force to ascribe to that text.<sup>163</sup>

O que seria, então, esta constituição invisível? No fundo, trata-se de perceber que toda interpretação de um texto passa por uma mediação de sentido, que, apropriando-se da leitura de Lenio Streck sobre interpretação jurídica, inicialmente, está velado. Evidentemente, Tribe não faz afirmações nestes termos, mas aponta para o fato de que, para além do que se pode ver na Constituição, existem perspectivas históricas, a filosofia moral e política, as teorias da linguagem, questões institucionais e outras fontes.<sup>164</sup>

A polêmica gerada em solo estadunidense sobre o que diz a Constituição é tamanha que conduz a um radical posicionamento, como o de Tribe. Ora, o texto constitucional norte-americano é tão breve que obriga os juristas a elaborarem estratégias teóricas que demonstrem

---

<sup>162</sup> “One thing everybody knows before reading any further is that the answers we actually get when we ask questions of this sort depend to some degree on who is answering them – including who is sitting on the Supreme Court at the time we ask.” Ibidem, p. 2

<sup>163</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>164</sup> “[...] in resolving such matters, readers are compelled to look outside of and beyond the text – to various possible historical accounts, to political and moral philosophy, to theories of language and meaning (i.e., to hermeneutics), to functional and pragmatic considerations of how well various alternatives would work, to institutional factors (who’s asking and why?), and to a host of other sources beyond the Constitution that we can all see and read”. Ibidem, p.8

que a Constituição existe para além de sua textualidade. É por isso que surge a constituição invisível, para dar conta deste algo mais que não está no texto, ou seja, para denunciar o abismo que há entre a Constituição como compreendemos e seu texto escrito.

Esta discussão colocada por Tribe é relevante para o debate sobre ativismo judicial na medida em que as controvérsias sobre o texto constitucional são direcionadas ao Judiciário. Se há uma “constituição invisível”, como afirma o autor norte-americano, a questão é saber o que isso representa em termos de poderes para a Suprema Corte. Neste ponto então, Tribe é bem claro: seu objetivo são dois – primeiro “explorar a substância da Constituição”, sem enfatizar, como fazem muitos, que a Suprema Corte possui um papel de destaque (*a high-profile role*), apresentando uma justificação para tanto; e, segundo, analisar, muito mais, o que está invisível no âmago da Constituição do que em suas cercanias, ou seja, o que está na Constituição, mas não visto.<sup>165</sup>

A proposta de Tribe é fazer uma exploração que está para além da discussão sobre direitos enumerados e não enumerados. Mas, sim, atribuir relevância a certos princípios que, embora não estejam expressamente previstos na Constituição, são considerados fundacionais e indispensáveis para a legitimidade dos sistemas político e jurídico. A partir disso, então, o autor apresenta um rol de princípios, meramente sugestivos, não exaustivos e sem caráter de direito natural, composto pelas seguintes proposições: *a)* governo do povo, pelo povo, para o povo; *b)* governo das leis, não dos homens; *c)* nós estamos comprometidos com o Estado de Direito; *d)* as Cortes não deve automaticamente acatar o que as autoridades eleitas decidem sobre o significado da constituição; *e)* o governo não pode torturar pessoas para forçar informações fora deles; *f)* na íntima vida privada de cada pessoa há limites para que o governo pode controlar; *g)* o congresso não pode chefiar estados como se fossem agências ou departamentos do governo federal; *h)* nenhum estado pode se separar da União.<sup>166</sup>

O posicionamento de Tribe sobre a constituição invisível é entendido à diferença da polêmica surgida sobre a existência de uma constituição não escrita. Com as teses de autores sobre as constituições não escritas, Tribe diz que eles visavam, através de teorias, tornar a constituição invisível legítima e vinculante. Toda esta construção feita por este autor norte-americano sobre a constituição invisível, portanto, revela o quão problemática apresenta-se a

---

<sup>165</sup> “First my concern is not with justifying a high-profile role for judges, including especially the Supreme Court, but with exploring the *substance* of the Constitution regardless of *who* is attempting to understand and apply it. And second, my interest is less in what’s invisible “around”the Constitution than what is invisible *whitin* it.” Ibidem, p. 10

<sup>166</sup> Tudo isso pode ser concluído a partir do capítulo “Indivisibility defense”. Ibidem, p. 28

interpretação constitucional nos Estados Unidos. É justamente este caráter enxuto da Constituição que, em termos de atuação jurisdicional, fez surgir diferentes eras da jurisdição.

### 3.2.3 As “eras sobre a interpretação da Constituição”: o crescimento do *judicial review*

Passados muitos anos desde o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, por tudo o que já foi mencionado neste trabalho, é unânime que o perfil de atuação jurisdicional das Cortes no exercício do controle de constitucionalidade muito se distancia daquele inicialmente *projetado*. Atualmente, tem-se observado um grande crescimento do *judicial review*, o que não está apenas relacionado com o entendimento pacífico de que o Judiciário está legitimado a controlar – a partir de parâmetros constitucionais – as decisões políticas dos demais Poderes, mas que diz respeito a uma grande interferência judicial em questões tradicionalmente consideradas como âmbito exclusivo do Legislativo e do Executivo. Entretanto, nem sempre foi assim, ou seja, isso não foi uma consequência imediata da incorporação, do controle de constitucionalidade: como afirma Christopher Wolfe, na tradição norte-americana, é possível ser identificadas três diferentes eras (*stages*) do *judicial review*.

Para este autor, a partir das transformações ocorridas na forma de intervenção das Cortes, é possível estabelecer *fases* na história do controle de constitucionalidade. Fazendo uma *correspondência temporal*, a primeira delas, a chamada “*traditional era*”, inicia-se com o estabelecimento da Constituição e perdura até 1890. Já a segunda, a considerada “*transitional era*”, começa com o término da primeira e tem seu fim não muito bem esclarecido porque, em 1937, ainda com reflexos da política do *New Deal* de Franklin Roosevelt, inaugura-se uma alteração no modo de interferência judicial, entretanto, não se tem muita convicção de que estas mudanças foram significativas a ponto de ensejarem o início de um novo período, a nomeada “*modern era*”, atual *momento* do Judiciário norte-americano.<sup>167</sup>

Sobre a “*traditional era*”, Wolfe afirma que ela se caracteriza por uma nova visão de Constituição, que se dá a partir de duas perspectivas. Trata-se de compreender que do texto constitucional é possível construir sentidos quando realizada uma leitura adequada e, ao mesmo tempo, de perceber que, em decorrência disso, a Constituição estabelece princípios a

---

<sup>167</sup> WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. pp. 3-11.

serem cumpridos tais como são as leis, rompendo com a ideia de que o constitucionalismo estaria restrito a estabelecer “generalidades vagas”. Tudo isso pode ser resumido na substancial concepção de Constituição.<sup>168</sup>

Com base nisso, nesse primeiro momento, o *judicial review* poderia ser visto tão-somente como uma postura da Corte de dar preferência à aplicação da Constituição em face das leis. Numa segunda análise, simbolizou o intuito dos juízes (*Justices*) de cumprir o texto constitucional, numa espécie de compromisso com que havia sido exposto pelos *Founders*. Não havia, assim, qualquer intenção de se *fazer aparecer o exercício da jurisdição* ou, sob uma ótica mais *moderna* (no sentido trabalhado por Wolfe), de se reforçar o papel do juiz – existiam, de fato, “julgamentos”, e não “vontades”.

O segundo *estágio*, a “*transitional era*”, por sua vez, é marcado pela influência de um “capitalismo *laissez-faire*” na Suprema Corte. Isso impediu que fossem tomadas certas decisões com o fito de regular políticas de bem-estar, como o estabelecimento de limites de horas para a jornada de trabalho, bem como questões relativas à segurança e saúde. Um dos mais famosos casos julgados nesse período foi o *Lochner v. New York*, no qual a Suprema Corte reconheceu que o poder de legislação dos Estados deveria ser limitado, motivo pelo qual, em face da liberdade de contratar, o Estado de Nova Iorque não estaria autorizado a expedir uma lei que fixasse a jornada máxima de trabalho em padarias. Com isso, abria-se espaço para que a Corte tivesse liberdade para invalidar aquela lei que considerasse intrusiva demais na política econômica do Estado. Nas palavras de Wolfe, “isso demonstrou ser muito mais uma questão de *vontade (will)* – ou de legislação – da Corte do que propriamente de julgamento e interpretação”<sup>169</sup>.

Veja-se que, a princípio, a tendência é de se identificar esse período como marcado pelo exercício de uma política judiciária de contenção (*self-restraint*), no sentido de que a decisão da Suprema Corte não possibilita a interferência do Estado no âmbito das relações privadas, especialmente as econômicas. Entretanto, a realização de um estudo com mais acuidade, como faz Christopher Wolfe, demonstra que é possível perceber o quanto de ativismo há em um posicionamento como este. Isso porque, na verdade, havia um caráter eminentemente político na decisão da Suprema Corte, que invadia o âmbito de produção

<sup>168</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>169</sup> Christopher Wolfe, quando caracteriza a segunda era do *judicial review* aborda que, à diferença da primeira, o poder judicial está muito mais uma questão de vontade, do que de julgamento ou interpretação: “[...] Such Power seems much more a matter of will – legislation, in the *Federalist’s* term – than judgement or adjudication or ‘intepretation’”. Ibidem, pp. 4-5.

legislativa. Dessa forma, fica claro que, mesmo um *comportamento conservador* do Judiciário, de não intervenção, pode revelar um perfil ativista.

Convém mencionar que a decisão da Suprema Corte de não se poder legislar sobre questões de política econômica estava assentada no direito de propriedade, que, para dar uma *roupagem* jurídica a seu entendimento, a Corte afirmava ser decorrente de um direito natural ou, inclusive, de uma *leitura adequada* da Constituição (e perceba-se que ainda se pode encontrar resquícios da *traditonal era*). Isso foi alvo de duras críticas feitas pelo realismo jurídico, que, partindo da ideia de que todos os julgamentos possuem caráter legislativo, afirmava que a defesa do direito à propriedade não passava de uma decisão judicial (novamente, uma questão de *will*), não possuindo nem relação com o direito natural, nem com a Constituição. Esse embate entre o que a Corte afirmava fazer – cumprir a Constituição – e o que os juristas norte-americanos, em especial os adeptos do realismo jurídico, pensavam que ela efetivamente fazia (ou deveria fazer), é que inspirou a nomeação da existência um momento *transitório*.

Em 1937, sob o governo de Franklin Roosevelt, a Suprema Corte, em função das medidas de recuperação econômica tomadas pelo governo, passou a defender e compactuar com a existência de leis que anteriormente entendia como contrárias à Constituição: “Judicial Power was used instead to *uphold* congressional actions taken pursuant to the commerce clause, the necessary and proper clause, and other constitutional sources of legislative power”<sup>170</sup>.

Com isso, acreditava-se que se iniciaria uma nova fase na história do exercício da jurisdição nos Estados Unidos, contudo, significou apenas uma mudança de foco: o ativismo judicial direciona-se, da defesa do direito à propriedade, para a das liberdades civis. Portanto, apenas no pós-1937 é que, efetivamente, será possível visualizar o início da “*modern era*” do *judicial review*.

A “era moderna” da *judicial review* é predominantemente marcada por um protagonismo judicial, no qual é reforçada a característica destacadamente legislativa das Cortes. Inseridos na tradição da *common law*, os juízes passaram não apenas a atribuir à lei caráter secundário, mas a *reescrevê-las*. Como mesmo escreve Wolfe no subtítulo de seu livro, parte-se “from constitucional interpretation to judge-made law”<sup>171</sup>. Dessa forma, não seria demais afirmar que a atual concepção de *judicial review* distorceu completamente a

<sup>170</sup> FISHER, Louis. Introduction. 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. ix.

<sup>171</sup> WOLFE, op. cit., pp. 6-7.

pretensão de Marshall quando introduziu o controle de constitucionalidade, pois sua ideia *nasce* não de uma noção de sobreposição do Judiciário, mas de um agir enquanto pertencente a determinado sistema jurídico, isto é, surge de uma “me too position”, contraditória ao atual perfil de jurisdição, que se encontra fundado na “me superior” ou até mesmo “me only view”<sup>172</sup>.

### 3.3 TEORIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS SOBRE O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL

Após apresentadas as particularidades jurídicas da tradição norte-americana e demonstrada a polêmica surgida em torno do sentido de Constituição, importa situar a discussão sobre ativismo judicial no contexto das teorias jurídicas e políticas que surgiram nos Estados Unidos para tratar do papel do Judiciário (especialmente, da Suprema Corte). Ocorre que, devido à intensificação da atuação de juízes e tribunais, este protagonismo judicial passou a ser debatido não apenas a partir de teorias jurídicas, mas também políticas, fato que torna ainda mais aprofundado e abrangente o estudo deste tema. Assim, considerando que muito do que se construiu no âmbito do constitucionalismo brasileiro sobre o modo como compreender a atividade jurisdicional foi incorporado da experiência norte-americana – e, com isso, diversos autores são utilizados a pretexto de legitimar uma postura de maior intervenção –, revela-se necessário analisar os principais posicionamentos doutrinários surgidos, objetivando, em um primeiro momento, efetivamente apresentar e esclarecer os debates jurídicos e políticos surgidos em torno da jurisdição, para, ao final de tudo, seja possível realizar um balanço intermediário, confrontando, na compreensão daquilo que aproxima e que afasta, o direito brasileiro do norte-americano.

---

<sup>172</sup> Nas palavras de Gerald Guinter: “Marshall’s argument that court also have competence to take the Constitution into account in their work was essentially a ‘me too’ position. Modern variants on justifications for judicial review – and a number of statements from the modern Supreme Court itself – lend stronger support than anything in Marshall’s reasoning to a ‘me superior’ or even a ‘me only’ view”. GUNTHER, op. cit., p.7.

### 3.3.1 Robert Dahl: a ficção da Suprema Corte como um órgão jurídico que decide questões políticas

Robert Dahl, ao escrever sua teoria voltado à atuação da Suprema Corte, possui uma evidente preocupação com a democracia. Por este motivo, o autor procura lançar luzes sobre como compreender o papel exercido pela mais alta corte de seu país na conjuntura política norte-americana. A partir deste enfoque, ele realiza uma abordagem esclarecedora sobre a relação entre o contexto político de seu país e o papel exercido pela intervenção judicial, demonstrando o impasse que o crescimento da atividade da Suprema Corte faz surgir.

Assim, ele inicia seu texto afirmando que os casos remetidos à apreciação da Suprema Corte possuem cunho eminentemente político, além de serem constituídos por conflitos (desacordos) entre a sociedade. Com isso, configura-se um quadro em que o Judiciário, por um lado, é convocado a resolver questões políticas, mas, por outro, possui o dever de utilizar um critério jurídico para tanto (Constituição, legislação e jurisprudência). Esta situação é ainda mais agravada em face da existência: de posicionamentos antagônicos entre os membros que compõem a Corte; de vagueza e ambiguidades presentes nas leis e na Constituição; de uma jurisprudência que aponta para direções distintas e da impossibilidade de calcular as consequências desta tomada de decisão.<sup>173</sup>

Neste contexto, a tese de Robert Dahl consiste em afirmar que é uma ficção compreender a Suprema Corte como um órgão não político, mas exclusivamente jurídico. Isso porque, por mais que as decisões da Suprema Corte somente sejam consideradas legítimas se tomadas por um critério jurídico, em contrapartida, em face das matérias sobre as quais é chamada a se manifestar, a Corte acaba exercendo o papel de “formuladora de políticas nacionais”. E, então, surge um problema de como compatibilizar a atuação da Suprema Corte com um regime democrático.<sup>174</sup>

Sobre este ponto, Dahl afirma que, ao longo dos anos, construiu-se duas maneiras possíveis de avaliar a função da Suprema Corte: por um critério da *maioria* ou do *direito*. Em resumo, significa que se procurou legitimar sua atuação ou pela proteção da minoria (o que produz um dilema democrático<sup>175</sup>, pois se estaria negando a soberania popular e a igualdade

<sup>173</sup> DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25-43, set./dez. 2009..

<sup>174</sup> Ibidem, pp. 25-27.

<sup>175</sup> Sobre o conceito de democracia de Dahl, ver a obra de Daniela Cademartori, que estabelece um diálogo entre Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Segundo a autora, ao realizar suas reflexões sobre democracia, Dahl parte de “três tipos representativos de teoria democrática”, que são: “o madisoniano, que coincide com o

política) ou pela defesa dos direitos básicos/de caráter fundamental. De um modo ou de outro, o que o autor pretende demonstrar é que estas são compreensões um tanto quanto ingênuas, pois, considerando que os juízes são nomeados pelos presidentes – e que estes não escolherão pessoas com posicionamentos hostis à sua política de governo –, na verdade, a atuação da Suprema Corte se revela como “parte essencial da liderança política”.<sup>176</sup>

A partir de um estudo estatístico que relaciona as nomeações da Suprema Corte, o percentual dos casos em que leis foram consideradas inconstitucionais e as medidas realizadas pelo congresso após o juízo de inconstitucionalidade, Dahl constata que poucas vezes houve um embate entre o Legislativo (federal) e a Suprema Corte. Ou seja, em poucos momentos a Corte objetivou enfrentar as decisões legislativas, declarando sua inconstitucionalidade em defesa dos direitos das minorias (pelo contrário, majoritariamente, com exceção do período do *new deal*, porque Roosevelt só conseguiu nomear um juiz apenas após quatro anos, sua atuação é considerada eficaz apenas ao estabelecer limites às políticas públicas para autoridades, agências e governos estaduais). Com isso, conclui como sendo a principal tarefa da Suprema Corte a de “conferir legitimidade às políticas básicas da coalizão que logrou êxito”.<sup>177</sup>

A crítica apresentada por Robert Dahl é elucidativa: desmistifica a atuação da Suprema Corte como imbuída de um interesse constitucional. Ou seja, suas contribuições teóricas revelam que a ampla interferência da Corte no contexto político do país não é movida, como se defende no Brasil, pela defesa da Constituição (ou por um sentimento constitucional, como diz Lenio Streck ao também atentar para tal fato). Ao contrário, o autor norte-americano faz questão de enfatizar o quanto a intervenção da Suprema Corte está incluída na agenda política dos governantes do país, possuindo, assim, um papel estratégico no cenário político.

---

Estado limitado pela lei, o populista, cujo princípio fundamental é a soberania da maioria, e o poliárquico, no qual as condições de ordem democrática derivam de pré-requisitos sociais [...]”. A partir disso, o autor propõe dois métodos para a construção de uma teoria democrática – o da maximização (pelo qual “elege-se, como valor, um estado de coisas, a igualdade política”) e o da descrição (“[...] quando considera-se a existência de um conjunto de organizações sociais com determinadas características em comum [...]” e se questiona pelas condições necessárias à sua existência). Para Dahl, estes métodos se complementam: “[...] em busca de uma teoria sustentável da democracia, Robert Dahl unifica os dois métodos tomando o primeiro como ponto de partida. Estabelece primeiramente o valor da igualdade política como um fim a ser maximizado. Desta forma, postula que os objetivos de todos os cidadãos adultos em uma república devam ser considerados de igual valor na determinação de políticas públicas”. CADEMARTORI, Daniela. **O diálogo democrático**, op. cit., pp. 212-217.

<sup>176</sup> Nas palavras de Robert Dahl: “Ela [a Suprema Corte] é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição” (DAHL, Robert. Tomadas de decisões em uma democracia, op. cit., p. 41).

<sup>177</sup> Ibidem, p. 42.

### 3.3.2 Ran Hirschl: “as três faces da política judicializada”<sup>178</sup>

Logo nas primeiras linhas da introdução de sua obra “Towards Juristocracy”, Ran Hirschl faz a forte afirmação de que “nos últimos anos, o mundo transitou para o que pode ser chamado de *juristocracia*”.<sup>179</sup> Para ele, a contemporaneidade é marcada por uma transposição de poder ao Judiciário – em detrimento das tradicionais instâncias de representatividade –, o que é resultado das transformações ocorridas no constitucionalismo (especialmente das recentes reformas constitucionais pelas quais passaram alguns países, como os da América Latina, África do Sul, Canadá, Grã-Bretanha e Israel). Segundo Hirschl, as mudanças que aconteceram com o surgimento de novos textos constitucionais (ou com as alterações que se procederam nos já existentes) engendraram um novo constitucionalismo, marcado preponderantemente pela afirmação de direitos fundamentais, por uma nova concepção de democracia (que passa agregar à regra majoritária o respeito aos direitos da minoria) e pela institucionalização de um efetivo controle de constitucionalidade (*judicial review*).<sup>180</sup>

Com este panorama que apresenta de modo introdutório, Hirschl começa a cumprir o conteúdo anunciado no subtítulo de seu livro: “as origens e as consequências do novo constitucionalismo”. Para ele, o novo constitucionalismo, que teve sua origem no pós-Segunda Guerra Mundial (e, deste modo, em todos os cenários forjados pelo fim desta guerra), trouxe consequências significativas para o diálogo entre democracia e atuação jurisdicional. Como se pode perceber, é possível afirmar que o ponto de partida de Hirschl está situado na compreensão de que juristocracia e novo constitucionalismo são questões que, na atual conjuntura, passaram a ser articuladas a partir de uma *relação consequencialista*, o que significa dizer que, para o autor, a juristocracia aparece como resultado do que se pode chamar de neoconstitucionalismo.

Apesar de o neoconstitucionalismo ser compreendido predominantemente no Brasil como sinônimo de ampliação dos poderes jurisdicionais, há uma sensível diferença entre estes posicionamentos e a proposta de Hirschl. Ocorre que, para o autor, que possui em sua obra uma intencionalidade própria do método da ciência política, afirmar que o novo constitucionalismo conduziu ao surgimento do que ele chama de juristocracia é apenas uma

<sup>178</sup> O título está entre aspas porque foi utilizado pelo autor em um de seus textos, utilizado como referência. Ver, para tanto: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 251, pp. 139-178, maio/ago. 2009.

<sup>179</sup> No original: “Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called *juristocracy*”. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**, op. cit. p. 1. (grifo do autor)

<sup>180</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

constatação que impulsiona sua teoria em dois tempos: em um primeiro momento, voltando seu olhar para trás, na busca por compreender detalhadamente os diferentes contextos políticos que ensejaram a configuração deste protagonismo judicial; e, posteriormente, conduzindo seus estudos sob uma análise prospectiva, no estabelecimento de uma revisão crítica das consequências destas transformações ocorridas no campo constitucional. Na verdade, o objetivo de Hirschl é fazer uma análise diferenciada, que possibilite uma “concreta investigação empírica e indutiva para questionar o caráter democrático do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade”.<sup>181</sup>

Assim, em uma visão panorâmica da proposta de Hirschl, é possível identificar alguns elementos como centrais em suas obras. Pode-se dizer, inclusive, que seu posicionamento é estruturado partir de três principais críticas, quais sejam:

1) *Crítica à importação de teorias sem uma análise contextual*: neste sentido, Hirschl afirma que os acadêmicos de direito constitucional estão acostumados a se utilizar dos contributos teóricos de outros países para tratar desta ampliação de poderes (que ele chama de *empowerment*) do Judiciário. Identificando o problema da adaptação de teorias a contextos históricos distintos (com peculiaridades/especificidades diversas), o autor direciona sua crítica diretamente à tendência de fazer-se uso da experiência norte-americana, que, segundo Hirschl, possui uma legislação constitucional com conteúdo repleto de idiosincrasias, e, por tudo isso, esta recorrente menção à doutrina estadunidense representa um certo paroquialismo, que precisa ser superado.<sup>182</sup> Assim, prosseguindo nesta linha, afirma que é necessária uma busca por concretos vetores sócio-políticos que estejam por trás destes incidentes de constitucionalização ocorridos por quase todo mundo.

2) *Crítica à indexação entre democracia e constitucionalismo (e/ou democracia e ativismo judicial)*: ao mesmo tempo em que reconhece uma tensão entre estes temas, o autor afirma que não é seu objetivo fazer estes enfrentamentos, porque há muito tempo isso já vem sendo debatidos pelos acadêmicos. Nesta linha, reconhece que eles se compatibilizam, na medida em que seja produzida justiça social, restando apenas espaço para a realização de um estudo empírico que demonstre qual tipo de princípio fundamental de governo seja capaz de produzi-la. É por este motivo que Hirschl menciona que uma impossibilidade de indexação

<sup>181</sup> No original: “[...] a concrete empirical and inductive inquiry to question the democratic credentials of constitutionalism and judicial review”. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**, op. cit., p. 03.

<sup>182</sup> Como afirma Hirschl: “Scholars of constitutional law and politics also tend towards parochialism regarding the constitutional arrangements and practices of other countries. Most existing studies on the political origins and consequences of judicial power are based on the United States’ exceptional, if not downright idiosyncratic, constitutional legacy”. *Ibidem*, p. 4.

direta entre estes elementos, reconhecendo que o ativismo pressupõe uma análise substancial (e não uma mera expansão do poder judicial).<sup>183</sup>

3) *Crítica à atribuição de poderes (“empowerment”) ao Judiciário*: analisando a questão da judicialização da política, Hirschl afirma que este é um fenômeno pouco estudado e de maneira não muito refinada. Muitas vezes, por ser considerado um termo “guarda-chuva”, acaba sendo confundido com ativismo judicial. Em face disso, para contribuir com o tema, afirma a existência de três categorias abrangentes: judicialização como “disseminação de discursos, jargões, regras e processos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas”, ou seja, trata-se da juridificação da vida moderna; como “expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgão do Estado (separação de poderes, federalismo)”; e, por fim, a judicialização da política aparece como “judicialização da megapolítica”, isto é, como um deslocamento para as vias judiciais de controvérsias políticas que, na maioria das vezes, são questões centrais de comunidades. Trata-se da judicialização de processos eleitorais e da supervisão judicial do Poder Executivo em termos de planejamento macroeconômico, por exemplo.<sup>184</sup>

É este último modo de conceber a judicialização da política que Hirschl enfatiza, especialmente como postura judicial que conduz à formação de uma juristocracia. Isso porque este perfil da jurisdição tem como consequência a intrusão nas prerrogativas dos outros Poderes, o que, às vezes, pode ser até compreendido como um bom acontecimento. Entretanto, o autor afirma que não está claro que o Judiciário seja o local adequado para a definição destas controvérsias (neste sentido, diversos países implementaram mecanismos para reforçar a legislação, constringendo o poder das cortes, como é o caso da Rússia, Equador, Tailândia, Zimbábue, dentre outros).<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> “In other words, the index of democracy vis-à-vis constitutionalism and/or judicial activism is not the character of constitutionalism or judicial review per se, but rather the nature of its substantive outcome”. Ibidem, p. 4.

<sup>184</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política no mundo, op. cit., pp. 142-147.

<sup>185</sup> HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, vol. 11, pp. 93-118. 2008. Disponível em: <<http://www.canadianconstitutionfoundation.ca/files/1/Ran%20Hirschl.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012. No Brasil, há autores que fazem esta abordagem sobre as medidas realizadas para conter o Judiciário, como é o caso de José Ribas Vieira *et alli*, que retratam a configuração do chamam de um *weak judicial review* (modelo fraco de controle de constitucionalidade), através da criação de mecanismos inovadores, tais como: no Canadá, a “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), através da qual o Legislativo pode aplicar determinado dispositivo, ainda que em desconformidade com o texto constitucional; em Israel, a inclusão da possibilidade de o Parlamento criar lei que contraria o conteúdo da *basic law*; e na Nova Zelândia, onde o *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA), concebido como lei

De tudo o que foi mencionado sobre os estudos de Hirschl, há vários elementos que contribuem para a discussão proposta neste trabalho: primeiro, a crítica que é feita à assimilação direta da experiência norte-americana, sem que sejam observados os diferentes cenários que causaram a expansão do Judiciário no mundo todo; segundo, a perspectiva de que o ativismo judicial não está *acoplado* com a democracia, havendo a necessidade de uma análise substantiva para identificar quando se está diante de uma postura ativista; e, por fim, o questionamento que Hirschl faz sobre se o Judiciário é o *locus* apropriado para discussão destas principais contendas sociais, abordagem feita através de sua “judicialização da megapolítica”.

### 3.3.3 Mark Tushnet: a Constituição afastada das cortes, próxima do povo

Quando do surgimento do controle de constitucionalidade norte-americano, Marshall fez duas significativas afirmações: que a Constituição era a lei suprema e que era dever do Poder Judiciário dizer aquilo que o direito é. A partir disso, é possível afirmar que Mark Tushnet apresenta um posicionamento bastante claro, no sentido de que concorda com a primeira declaração, mas rejeita a segunda. Sua tese, como mesmo aparece no título de seu livro, é a de que é preciso afastar a Constituição das Cortes (“Taking the constitution away from the courts”<sup>186</sup>).

Esse posicionamento de Tushnet necessita ser entendido à luz do conceito de “ordem constitucional” que é por ele desenvolvido: “conjunto de instituições através das quais as decisões fundamentais da nação são tomadas durante um período e os princípios que guiam essas decisões”. Como a Suprema Corte é parte integrante desta ordem, seus princípios não podem ser entendidos fora dos arranjos institucionais, que incluem os outros braços do governo. Assim a tese de Tushnet é que uma “ordem constitucional” não pode ser reduzida ao conjunto das deliberações realizadas pelas Cortes, tampouco apenas ao texto escrito da Constituição.<sup>187</sup>

É neste sentido que ressalta a importância de resgatar um “populist constitutional law”, afirmado em contraposição a um direito constitucional formado pelos posicionamentos

---

ordinária, excluiu a possibilidade do *judicial review*. Ver, para tanto, SILVA, Cecília de Almeida et ali. **Diálogos institucionais e ativismo**, op. cit. pp. 61-80.

<sup>186</sup> Tanto é assim que o primeiro capítulo de seu livro é chamado de: “Against Judicial Supremacy”. TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

<sup>187</sup> TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Oxford: Princeton University Press, 2003. pp. 1-3.

das Cortes. Isso porque o contexto estadunidense é marcado por uma interpretação constitucional do Judiciário que possui um cunho elitista<sup>188</sup>, isto é, que afasta a Constituição da soberania popular. Nesta linha, aproximar o texto constitucional do povo significa buscar a recuperação de um espaço para uma ampla discussão sobre as principais questões políticas da contemporaneidade.

Este argumento de Tushnet está fundamentado no reconhecimento do princípio básico de que o povo deveria ser capaz de governar a si mesmo. E, deste modo, o *judicial review* representa um entrave para a realização de tal fim, embora muitas vezes se atribua ao constitucionalismo este papel de constranger a soberania popular. Pelo contrário, para o autor, através do constitucionalismo se possibilita um diálogo entre a Constituição e a sociedade, que muitas vezes tem seu programa (suas *policies*, seus interesses) efetivamente considerado inconsistente, mas, neste caso, em face dos profundos valores existentes na Constituição (e não por uma limitação imposta judicialmente).<sup>189</sup>

Reconhecendo o papel que a política exerce junto às Cortes, Tushnet afirma que progressistas e liberais deveriam abandonar o Judiciário como principal fonte para a afirmação dos direitos, tanto em razão de estratégia política como de defesa do princípio democrático. Menciona a importância de se resgatar a força que o constitucionalismo estadunidense sempre possuiu ao longo da história. E, por fim, junto com Jeremy Waldron, coloca um questionamento: “[...] em caso de desacordos interpretativos, por que os votos da maioria de uma Corte de nove ministros prevalece sobre os votos de uma maioria de cem senadores e sobre quatrocentos parlamentares?”<sup>190</sup>

Com esta pergunta, Tushnet induz ao perfil eminentemente político que a Suprema Corte exerce perante à sociedade. Segundo o autor, tal situação decorre de uma profunda alteração na função atribuída ao Direito e ao Direito Constitucional nesta nova ordem. Se

---

<sup>188</sup> Quando Tushnet menciona que a Suprema Corte possui uma posição elitista, ele faz referência também ao fato de que sua atuação está voltada muito mais para si própria, à repercussão de seu papel. Assim, o autor questiona: “Why would anyone think that judicial supremacy was the right way to understand our Constitution? It would be not surprising to find judges supporting judicial supremacy; it makes their jobs more important and interesting”. TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**, op. cit., p. 7.

<sup>189</sup> Nas palavras de Tushnet, “The basic principle, of course, is that people ought to be able to govern themselves. Judicial review stands in the way of self-government. Constitutionalism – the imposition on the people of restrictions on their own power – does not. The reason is that constitutionalism can be implemented through politics as people listen to arguments about why some policies they might initially prefer are inconsistent with deeper values they hold, values that find expression in the Constitution”. TUSHNET, Mark. Democracy versus judicial review. **Dissent Magazine**, spring, 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 25 jan 2012. Não paginado.

<sup>190</sup> Tradução literal do seguinte fragmento: “As legal philosopher Jeremy Waldron asks (rightly), why, in cases of reasonable disagreement over interpretation, should the votes of a majority on a Court of nine justices prevail over the votes of a majority of one hundred senators and over four hundred representatives?”. Ibidem. Não paginado.

durante o “New Deal” ambos serviram para determinar políticas de bem-estar, agora, passam a exercer um menor papel: o de tão-somente estabelecer as condições a partir das quais serão perseguidos determinados fins sociais. Isso não significa que o Direito ou Direito Constitucional tenham desaparecido, mas que passam apenas a promover a estrutura para que os indivíduos avancem em seus próprios conceitos de justiça. Assim, surgem controvérsias ideológicas, que povoam tanto o Congresso como a Suprema Corte, permitindo aos juízes que decidam como bem entendem.<sup>191</sup>

### 3.3.4 Cristopher Wolfe: ativismo e preferências judiciais

O ponto de partida da proposta de Christopher Wolfe é o reconhecimento de que a história do *judicial review* é marcada por uma transição no perfil do Judiciário norte-americano. De um poder com atribuições interpretativas os juízes e tribunais assumem uma postura com feições legislativas. Esta compreensão é alargada a tal ponto que ativismo judicial é apresentado nas primeiras páginas de sua obra como sinônimo de Poder Judiciário moderno.<sup>192</sup>

Segundo Wolfe, o ativismo judicial surge como consequência das influências do realismo jurídico no âmbito da atividade jurisdicional, cujos pressupostos pontuaram a distinção entre um julgamento realizado a partir da vontade e um julgamento a partir da legislação. Assim, o ativismo e a autocontenção passam a ser compreendidos a partir de relação entre controle de constitucionalidade e Constituição.

A caracterização de uma postura ativista ou contida vai depender de se saber em que medida a decisão foi tomada considerando um reforço da vontade de Constituição ou a manifestação das crenças políticas ou preferências do juiz. Por este motivo, para Wolfe, o ativismo é fenômeno prejudicial ao direito norte-americano, afirmando que certamente a tradição jurídica seria melhor se não tivesse que conviver com tais posturas. A discussão sobre ativismo, no fundo, é saber em que medida juízes e tribunais podem considerar suas próprias crenças e preferências.<sup>193</sup>

<sup>191</sup> TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**, op. cit., pp. 33-37.

<sup>192</sup> WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997. p. 1.

<sup>193</sup> Nas palavras do autor: “Activism and restraint are functions of the extent to which judicial review can be fairly considered an enforcement of the will of the Constitution, without an infusion of the judge’s own political beliefs or preferences. Ibidem, p. 1.

O ativismo (ou a contenção), portanto, implica saber quão livres ou limitados os juízes são em seus julgamentos. Nesta linha, Wolfe apresenta alguns corolários ativistas: *a)* os juízes não estão amarrados à intenção dos constituintes (*framers*); *b)* ativistas tendem a diminuir os obstáculos processuais, porque estes obstáculos frequentemente servem para apenas tornar os processos mais longos, caros e incertos; *c)* ativistas demonstram menos deferência a outros órgãos de decisão política (*political decision-makers*), porque eles acreditam muito nas credenciais democráticas dos próprios juízes; *d)* ativistas tendem a possuir opiniões mais amplas; *e)* ativistas favorecem um amplo escopo para poderes judiciais reparadores.

Embora muitas vezes o ativismo judicial seja taxado de antidemocrático, defensores de tal postura respondem a tal acusação a partir de três perspectivas: afirmando que os objetivos essenciais da corte são vitalmente democráticos, que os juízes estão sujeito ao controle popular e, ainda, que o controle de constitucionalidade foi legitimado por tácito consenso. No fundo, todos estes argumentos podem ser resumidos na ideia de existência de uma jurisdição contramajoritária.

A tese de Wolfe é um tanto quanto esclarecedora e muito importante para fins do estudo ora realizado, porque trata do ativismo judicial como um *problema de decisão*. Isto é, sua abordagem vai além de relacionar a intensidade da atividade jurisdicional em comparação com a dos demais Poderes (ou, então, de analisar a supremacia que um exerce – ou não – perante o outro). Para além disso, configura o ativismo judicial a partir da análise dos critérios utilizados para fundamentar a decisão judicial, que é o ponto em que faz a distinção entre “vontades” e “julgamentos”, imprescindível para a compreensão da problemática.

### 3.3.5 Ronald Dworkin: o Direito como um conceito interpretativo<sup>194</sup>

Ronald Dworkin constrói sua teoria visando a combater tanto o positivismo e o pragmatismo. Para este autor, o Direito é um conjunto de práticas sociais que devem ser interpretadas. Assim, seu conceito de Direito é como prática interpretativa. Por certo, como mesmo Stephen Guest menciona, a interpretação no direito não é uma novidade trazida por

---

<sup>194</sup> Esta parte referente à proposta de Ronald Dworkin foi elaborada tendo como base as seguintes obras: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (em especial, os capítulos dois – “A ideia de interpretação” – e três – “A integridade e o argumento jurídico”, pp. 27-77); DWORKIN, Ronald. Interpretative concepts. In: \_\_\_\_\_. **Law’s empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986. pp. 45-86. (capítulo dois); e DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. In: \_\_\_\_\_. **A matter of principle**. New York: Oxford University Press, 2001. pp. 119-180 (capítulo dois).

Dworkin, pois muito antes já se falava em interpretação, mas a questão principal na obra deste autor é o sentido que ele dá para o ato interpretativo, o que vai refletir diretamente na atuação de juízes e tribunais.

O conceito interpretativo de Dworkin não reside apenas na concepção de uma interpretação pela interpretação (nem no velho reconhecimento da ambiguidade das palavras e da textura aberta do texto jurídico, que, respectivamente, Kelsen e Hart, ambos positivistas, já haviam identificado). O diferencial de sua proposta está assentada em dois pontos: primeiro, no entendimento de que própria ideia de interpretação é interpretativa; segundo, no fato de que considerar o Direito como prática interpretativa traduz uma intencionalidade e finalidade.

Esta intencionalidade nada tem a ver com intenção legislativa, mas significa a afirmação de um conceito de Direito concebido como um corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade (termo que, muitas vezes, vai aparecer traduzido como *valor*, contudo, sem lançar mão de qualquer subjetivismo). Essa intencionalidade nos remete a uma divisão analítica que Dworkin faz da interpretação em três fases: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. A fase pré-interpretativa, nomenclatura utilizada por ele entre aspas, é aquela de identificação das regras e dos padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. Embora ele chame esta fase de pré-interpretativa, afirma que, mesmo neste momento, algum tipo de interpretação se faz necessário. Como Dworkin mesmo diz: as regras sociais não têm rótulos que as identifiquem.

As fases interpretativas e pós-interpretativas constituem o que Guest chama de dimensões interpretativas do argumento jurídico, que, por sua vez, Dworkin vai chamar de *fit* (ajuste) e *justification* (justificação). A dimensão de ajuste, fase interpretativa, portanto, diz respeito à identificação/ao ajuste da interpretação a uma prática social compartilhada. O ajuste remete a uma ideia de coerência, de descrever as práticas sociais de forma coerente. Aqui, também está presente uma noção de convergência, pautada por uma dimensão de uso, que é justamente a partir do que vai ser possível afirmar a objetividade do direito. Importa mencionar que a dimensão de ajuste, também traduzida por muitos como adequação, não se aproxima da subsunção ou da dedução, justamente porque reconhece que já no ajuste há uma carga interpretativa (de construção de sentido para as práticas sociais compartilhadas) que não está presente nem na dedução nem na subsunção.

Por sua vez, a dimensão da justificação, etapa pós-interpretativa, é um nível de argumentação. Isto é, Dworkin afirma que nem toda convergência conduz à melhor interpretação, ou seja, não basta que a comunidade esteja voltada a um mesmo sentido de uma prática social para que esta seja a melhor interpretação, é necessária uma justificação racional

para tanto. Neste ponto, há uma ênfase à argumentação, que é construída na busca da melhor justificação possível, ou seja, na busca da construção do argumento moral.

Dworkin faz esta distinção para demonstrar que a objetividade tem lugar na interpretação jurídica, mas que a objetividade não exclui a dimensão interpretativa do direito, que, na interpretação, serve como um limite, representado tanto pelo respeito a uma prática social compartilhada – no nível do ajuste – como à construção da melhor interpretação – no nível da justificação. Mas por que falar em objetividade? Dworkin fala em objetividade do Direito porque, para ele, se o Direito não tivesse uma carga de objetividade, tudo seria uma questão de gosto (não de julgamento), e, se fosse assim, não haveria sentido a existência de debates, discussões. Esta distinção entre questão de gosto e de julgamento é importante para firmar as bases da possibilidade de existência de uma melhor interpretação. Isso porque, quando alguém faz um julgamento, não o faz pensando estar errado, mas pensando em acertar, o que não acontece na questão de gosto. Assim, para Dworkin, a objetividade do direito nada mais é do que o reconhecimento da possibilidade de buscar respostas melhores (ou corretas). E isso é possível porque entendemos o que sejam interpretações ruins.

Então, por ser a melhor interpretação uma construção, Dworkin faz uma associação à obra de arte. Ele diz que, para uma obra de arte, a interpretação de algo tem que descrever, ou melhor, mostrar qual a interpretação que revela o melhor de algo. Ou seja, qual a maneira de interpretar que revela a melhor obra de arte, o que pressupõe construir e reconstruir conceitos. A isto ele chama de hipótese estética. Do mesmo modo, o Direito também possui uma hipótese estética, que ele chama de hipótese política: trata-se de buscar, através da construção e reconstrução de conceitos, a interpretação que melhor se coaduna com a finalidade do Direito, o que significa a afirmação de uma teoria substantiva da política e da justiça.

E, ao falar da interpretação construtiva como preocupada com um propósito, que é o do intérprete, Dworkin alerta que isso não significa que o intérprete esteja autorizado a fazer de uma prática (ou de uma obra de arte) aquilo que ele *desejaria* que fossem. Isso porque, segundo Dworkin, a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis. Ou seja, do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.

Então, por trás da teoria da decisão de Dworkin, também há uma teoria moral, uma teoria política, uma teoria da igualdade e também uma teoria da democracia. A resposta correta não significa que o direito não seja ambíguo muito menos que ele seja exaustivo, mas que os juízes e também os participantes têm responsabilidades. E esta afirmação é absolutamente relevante em tempos de defesa do ativismo judicial.

### 3.4 BALANÇO INTERMEDIÁRIO: UM DIÁLOGO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Na obra “Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana”, Diego Eduardo López Medina afirma que as transformações ocorridas no constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX, com a garantia dos direitos fundamentais, proporcionaram uma guinada hermenêutica e política no direito latino-americano, do que resultou uma “recepção entusiástica dos materiais justeóricos e constitucionais anglo-saxões”, que até então possuíam certa rejeição em face de uma tendência (europeia) ao formalismo. A partir desta “nova linguagem constitucional”, criou-se um imaginário de que as construções justeóricas (“*iusteóricas*”) possuíam um caráter transnacional, formando uma espécie de conhecimento abstrato (com discursos de caráter global), passível de ser utilizado em diferentes contextos e por culturas com antecedentes distintos.<sup>195</sup> E, em virtude deste ambiente forjado por estes acontecimentos, Medina diz que “éramos [os latino-americanos], no princípio, cópias europeias e, agora, talvez, copias norte-americanas”.<sup>196</sup>

Com isso, o jurista colombiano denuncia o fato de que o direito na América Latina se apresenta impregnado, cada vez mais, das teorias advindas de solo estadunidense (e, também, do continente europeu). Em consequência, Medina sugere que a atual produção acadêmica no âmbito da teoria do direito pode ser dividida em “locais de produção” (“*sítios de producción*”) e “locais de recepção” (“*sítios de recepción*”). Para o autor, os “locais de produção” consistiriam círculos intelectuais de grande prestígio, com influência transnacional; em contrapartida, os “locais de recepção” fariam referência aos países periféricos, que, usualmente, transportam ou fazem uso de propostas que tiveram origem nos países considerados “locais de produção”.

Em que pese os contributos teóricos oriundos destes *centros de produção* tenham, no mais das vezes, a pretensão de certa universalidade (ou adquirem este caráter simbólico em contato com os *ambientes de recepção*), Medina afirma que as teorias desenvolvidas nestes locais são “produtos de situações políticas e sociais concretas”, no sentido de que “pressupõem um contexto material (problemas ou preocupações sociais, doutrinários,

<sup>195</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura juridical latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004. pp. 4-13.

<sup>196</sup> No original: “Éramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas”. Ibidem, p. 13.

econômicos específicos)”. Aliás, como mesmo informa o autor, se, ao recepcionar tais teorias oriundas destes *locais de referência*, fosse considerando todo o caldo de cultura intrínseco à sua formação, fazendo a devida contextualização, releitura e/ou adaptação, não se criaria um ambiente hermenêutico empobrecido, como acontece na atual conjuntura, mas, sim, um espaço para aprimoramentos teóricos.<sup>197</sup> O problema é que o Brasil, no mais das vezes, acabou se colocando neste papel de “local de recepção” no que diz respeito à análise da atuação do Judiciário, em especial, ao ativismo judicial, incorporando os contributos da doutrina norte-americana sem a observação das especificidades do caso brasileiro.

Exatamente por causa disso, considerou-se imprescindível esta retomada das principais *vertentes* do constitucionalismo estadunidense, visando, em um primeiro instante, a estabelecer as bases sob as quais se assentou toda discussão sobre o tema que ora se encontra sob estudo, para depois, depurar as teses que surgiram em torno desta questão tão controversa, que é o exercício do *judicial review*. Para finalizar esta caminhada, resta, então, que se estabeleça um diálogo entre as duas tradições jurídicas (brasileira e estadunidense), pela via de um balanço não ainda conclusivo, mas intermediário. Assim, de tudo o que foi pesquisado e compreendido tendo como referência as propostas dos diversos autores mencionados, importa observar que:

a) As peculiaridades da sistemática norte-americana, especialmente no que diz respeito à diferença entre as duas tradições, revelam as inconsistências da teoria do direito brasileira, que, desenvolvida para um país onde o Direito está assentado no predomínio da lei (e da Constituição), insistem em acentuar o papel da jurisdição;

b) Há uma sensível diferença entre a Constituição dos Estados Unidos e a do Brasil. Veja-se, por exemplo, que a discussão apresentada sobre os direitos enumerados e não enumerados ou sobre a existência de uma “constituição invisível” é um tanto quanto dispensável no Brasil, pois, ao passo que a

---

<sup>197</sup> “Cuidadosamente examinadas, es patente que las iusteorías formadas en sitios de producción son también el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas. Sin embargo, su transplantabilidad global y su valor ‘general’ y ‘objetivo’ depende del hecho crucial de oscurecer o minimizar los contextos específicos en que dichas iusteorías se forjaron. [...] Este conocimiento presupuesto entre autor y lectores en sitios de producción permite un doble proceso: los argumentos iusteóricos presuponen un context material (problemas o preocupaciones sociales, doctrinarios, económicos específicos que influyen el autor), pero en la medida en que ese contexto se supone culturalmente alcanzable por el lector en el sitio de producción a partir de algunas pocas trazas escriturales específicas se termina por suponer que el lector terminará haciendo una lectura correcta, o por lo menos normalizada de la teoría que se le ofrece”. Ibidem, pp. 16-17.

Constituição norte-americana possui sete artigos e vinte e sete emendas, a brasileira é composta por 250 artigos e, até 2011, sessenta e oito emendas constitucionais. Ou seja, neste sentido, o texto constitucional brasileiro possui uma riqueza de detalhes que dispensaria a *ginástica* norte-americana para responder constitucionalmente a alguma contenda jurídica. É por isso que a tradição norte-americana é muito mais propícia à existência de posturas ativistas, pois não possui o mesmo número de *amarras* do que a brasileira. Contudo, é evidente que a textualidade das constituições não seria argumento suficiente para controlar a jurisdição, porque é sabido que sobre o texto é constituído um sentido e, em sendo assim, a discussão passa(ria) para outro nível: o de como decidir (nível interpretativo, não de referência, como diria Dworkin). Entretanto, deixando essa discussão para posterior momento, o fato é que, muito embora a Constituição estadunidense favoreça a intervenção da “Suprema Corte” para que se manifeste sobre o que, em sua textualidade, a Constituição não diz, ainda assim, a doutrina manifesta-se, como faz Tribe, no sentido de que, por mais que exista uma “constituição invisível”, isso não justifica o protagonismo das Cortes;

c) A história estadunidense é marcada por eras em sua jurisdição, sendo que, nestes períodos, foi possível visualizar a incidência de um ativismo judicial pela via de postura conservadora, o que mitiga o posicionamento de grande parte da doutrina brasileira no sentido de que ativismo é sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou predomínio do Judiciário sobre o Legislativo);

d) Em que pese a experiência dos Estados Unidos dê ênfase à decisão judicial, por ter seu sistema fundado no *case law*, a maioria de seus autores se manifestam contrariamente à atuação interventiva das Cortes, por considerarem uma afronta ao princípio democrático;

e) Como se pode concluir da obra de Robert Dahl, o protagonismo da Suprema Corte deve-se muito mais a um contexto político, de harmonização da Corte com o projeto político de governo, do que por uma defesa da Constituição. Esse ponto deve ser ressaltado na medida que muitas das posturas ativistas no Brasil são legitimadas pela defesa da Constituição, com o pretexto de seguir a experiência norte-americana. Ocorre que, como denunciado por Dahl, as decisões tomadas

pela Suprema Corte possuem caráter eminentemente político, uma vez que compõem a estratégia política de governo, e muito pouco simbolizam a busca pela efetividade da Constituição (ou, como diz Lenio Streck, um sentimento constitucional);

*f)* Em que pese o ativismo judicial tenha rendido diversas reflexões no âmbito do constitucionalismo norte-americano, as discussões ocorrem preponderantemente em termos de se saber qual a competência do Judiciário em face dos outros Poderes. Com isso, com algumas exceções, mesmo em solo estadunidense, pouco surge a manifestação de um compromisso com a existência de uma teoria da decisão judicial, que responda à pergunta sobre quais os critérios para decidir.

#### 4 ATIVISMO JUDICIAL À *BRASILEIRA*: CONTRIBUTOS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) DE LENIO STRECK

Lenio Streck não se limitou àquilo que poderia trazer um bom livro de teoria ou de crítica. A análise que nos é apresentada *inaugura um universo teórico* que certamente nos traz novos parâmetros para o exame da crise do direito e sua superação. [...] <sup>198</sup>

(Ernilo Stein)

A partir de uma visão panorâmica, que correlaciona teoria do direito brasileira e norte-americana e constitucionalismo democrático, é possível perceber que, no Brasil, sob o manto do ativismo judicial, a doutrina produziu uma leitura bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional, que se manifesta em oscilações de aproximação e afastamento, sem qualquer pudor, entre a cultura jurídica do Brasil e a dos Estados Unidos. Com isso, não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade. Não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial *à brasileira*.

Esta terminologia não pode ser compreendida dispensando-se as considerações apresentadas como encerramento do capítulo anterior, que ganhou o título de “balanço intermediário”. Assim, tomando-se como pressuposto os apontamentos que decorreram da aproximação entre as reflexões norte-americanas e o atual cenário constitucional brasileiro, a expressão ativismo judicial *à brasileira* evidencia duas importantes questões: primeiramente, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro (neste sentido, *à brasileira* sinalizaria simplesmente para a conjugação de duas tradições). Por outro lado, pode também estar implícita uma crítica à utilização destes termos de modo despojado do contexto de seu surgimento, o que implica, a um tempo, a transposição equivocada de um conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano – e é principalmente estes últimos dois sentidos que estão impressos neste trabalho.

---

<sup>198</sup> Fragmento extraído do prefácio elaborado pelo filósofo Ernilo Stein para a obra **Hermenêutica jurídica e(m) crise** (op. cit.; grifos do autor), de Lenio Streck.

Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial aparece como um problema, carregado de um pragmatismo<sup>199</sup> que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial *à brasileira*, perigosa, porque vinculada à um ato de vontade do julgador. Assim, em um ambiente predominantemente tomado por posturas que incentivam e aceitam a necessidade do ativismo judicial para concretizar direitos no Brasil, Lenio Streck, em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, apresenta uma postura crítica em relação à atuação ativista do Judiciário no país. É a proposta teórica deste autor que possibilitou os apontamentos até aqui apresentados e que dará suporte ao último capítulo<sup>200</sup>, como um enfrentamento das posturas ativistas de juízes e tribunais.

Não se pode deixar de mencionar que a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)<sup>201</sup> de Lenio Streck não consiste apenas em oferecer um contributo sobre os limites da atuação jurisdicional, tema das mais recentes obras do autor, bem como deste trabalho. Em que pese seus pressupostos teóricos tornem possível compreender o ativismo judicial como um problema, a proposta de Lenio Streck, antes de tudo, está centrada na realização de uma reflexão de caráter abrangente, considerada inovadora por diversos motivos, que podem ser assim sintetizados<sup>202</sup>:

a) *primeiro*, por, sob influência de Luís Alberto Warat, consistir numa ruptura com o dogmatismo, através da afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito (na superação do que ficou conhecido por “senso [ou sentido] comum teórico dos juristas”<sup>203</sup>), o que repercutiu sobremaneira no modo de compreender o ensino jurídico no Brasil;

<sup>199</sup> Segundo José Eisenberg, uma postura pragmatista é aquela que não confere “autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas, na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o proviso ‘exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário’”. EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. pp. 656-657.

<sup>200</sup> Deste modo, todo o capítulo será escrito a partir das principais obras de Lenio Streck, quais sejam: **Hermenêutica jurídica e(m) crise** (op. cit.), **Verdade e Consenso** (op. cit.), **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 e **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, op. cit.

<sup>201</sup> Em que pese o intuito desta parte seja justamente explorar a Crítica Hermenêutica do Direito proposta por Lenio Streck, importa referir que, no livro **Jurisdição constitucional e hermenêutica** (op. cit.), o autor dedica um capítulo inteiro para tratar deste ponto (capítulo cinco), ao qual remeto o leitor para um estudo mais aprofundado e não tão direcionado à questão da jurisdição.

<sup>202</sup> Evidentemente, a proposta de Lenio Streck não se resume a isto. Contudo, esta foi uma tentativa de demonstrar os principais pontos que permeiam sua abordagem, que será aprofundada no decorrer deste capítulo.

<sup>203</sup> WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

*b) segundo*, por, em contato com a obra do filósofo Ernildo Stein, assentar sua teoria sob os aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer) e, a partir disso, evidenciar as inter-relações entre Direito e Filosofia, rompendo com a *negação (resistência) filosófica* que povoava o ambiente jurídico no Brasil, o que resultou na expressão *filosofia no direito* (terminologia por ele criada); e

*c) terceiro*, por agregar a tudo isso a construção de uma *teoria da decisão judicial*, elaborada a partir de uma imbricação com a proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin, fazendo nascer a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (a respostas corretas), estruturada a partir do dever de fundamentar as decisões, que, por sua vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo.

Com tudo isso, que representa uma espécie de *historiografia linear* da trajetória acadêmica do autor, fases de seu pensamento, é possível perceber que a indicação do ativismo judicial como um problema no âmbito do constitucionalismo democrático é apenas um dos *capítulos* (que pode se dizer final/conclusivo) de um projeto muito maior: o de repensar a construção do saber jurídico no Brasil. E é este o convite, que, juntamente com Lenio Streck, faço ao leitor nas páginas que seguem – para que adentre neste universo crítico apresentado pelo jurista, condição para se possa compreender adequadamente a complexidade que envolve a decisão judicial.

#### 4.1 OS DESAFIOS IMPOSTOS AO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO PELO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os

mal-entendidos que permeiam o termo  
*neoconstitucionalismo*.<sup>204</sup>

(Lenio Streck)

A utilização da expressão Constitucionalismo Contemporâneo como parte do título deste subcapítulo não foi aleatória. Com seu emprego objetivou-se introduzir um dos núcleos da teoria de Lenio Streck, que consiste, a um só tempo, na realização de dois enfrentamentos: por um lado, na crítica ao(s) neoconstitucionalismo(s) (especialmente surgidos no âmbito constitucionalismo espanhol); e, por outro, na busca pela superação do positivismo jurídico. Trata-se, portanto, de uma nomenclatura que passou a ser utilizada a partir da quarta edição da obra “Verdade e Consenso” (em 2011), em substituição à terminologia anteriormente empregada para tratar do constitucionalismo insurgente do segundo pós-guerra (neoconstitucionalismo), constituindo, portanto, um modo específico de abordagem, que, em linhas gerais, se opõe ao estabelecimento de uma *relação de causalidade* existente no *trinômio moral-princípios-discricionariedade*, própria das posturas neoconstitucionalistas e, com isso, evita uma aproximação com o positivismo jurídico<sup>205</sup>.

Como afirma Miguel Carbonell, o novo constitucionalismo, que marca o surgimento do que se passou a chamar de Estado Constitucional de Direito, não se restringe tão-somente à proliferação dos textos constitucionais promulgados a partir da segunda metade do século XX ou, como resultado disso, não se limita à existência de uma postura jurisprudencial diferenciada (agora voltada à concretização de direitos fundamentais), mas agrega a estes dois níveis a necessidade de uma nova teoria da Constituição, isto é, de uma proposta teórica inovadora, que esteja adequada (e atenta) às transformações ocorridas no constitucionalismo.<sup>206</sup> É neste último ponto que surgem, deste modo, as divergências teóricas entre os diversos autores que se debruçaram sobre o tema. Contudo, em que pese haja uma multiplicidade de posicionamentos, é possível identificar um núcleo comum a estas teses neoconstitucionalistas, que podem ser assim caracterizadas: *a)* todas elas pretendem-se pós-positivistas – isto é, surgem visando a contrapor o positivismo; *b)* em sua maioria, resgatam o papel dos princípios na interpretação do Direito; *c)* reconciliam Direito e Moral; e, por fim, a pretexto disso, *d)* afirmam o protagonismo judicial (ou o papel acentuado da jurisdição, com um aumento das faculdades interpretativas do julgador), a partir da defesa da

<sup>204</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 37.

<sup>205</sup> A relação entre positivismo e discricionariedade será abordada na sequência.

<sup>206</sup> CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. pp. 9-12

discricionarietà judicial (ou elasticidade interpretativa).<sup>207</sup> Foi exatamente esta identificação do neoconstitucionalismo com estes elementos que levou Lenio Streck a passar a nomear o constitucionalismo do segundo pós-guerra de modo diferenciado.

Assim, é no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo de Streck, que, dando enfoque para o problema do ativismo judicial, é possível dizer que o atual cenário jurídico é marcado por três desafios: o enfrentamento das recepções teóricas equivocadas (e de suas mixagens), a superação da discricionarietà judicial e a preservação da autonomia do Direito. Cada um deles constituem alguns dos principais desdobramentos da teoria de Streck. Nenhum deles apresenta maior importância que o outro, tampouco a sequência numérica indica prioridade: todos se complementam mutuamente, como se passará a observar.

#### 4.1.1 Desafio número um: o enfrentamento das recepções teóricas equivocadas

Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? [...] não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas.<sup>208</sup>

(Lenio Streck)

Quando promulgada a Constituição de 1988, operou-se uma revolução no Direito constitucional brasileiro, que, a partir dos contributos de Jorge Miranda, Lenio Streck passou a chamar de “copernicana”<sup>209</sup>. Com isso, o jurista brasileiro fazia referência ao fato de que o

<sup>207</sup> No posfácio da obra **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**, escrita por Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos Duarte, Lenio Streck faz uma análise crítica das propriedades que caracterizam este fenômeno, espécie de “planta do neoconstitucionalismo”, assinada por diversos autores (Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini), que inclui: a) pragmatismo; b) ecletismo (sincretismo) metodológico; c) principialismo; d) estatalismo garantista; e) judicialismo ético-jurídico; f) interpretativismo moral-constitucional; g) pós-positivismo; h) juízo de ponderação; i) especificidade interpretativa; j) ampliação do conteúdo da *Grundnorm*; e k) conceito não positivista de direito. Ver: STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. (inédito) Ainda, sobre os diversos neoconstitucionalismos, ver: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003; e CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

<sup>208</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 81.

<sup>209</sup> Sobre o uso desta expressão, ver o capítulo um do livro **Jurisdição constitucional e hermenêutica** (2. ed. op. cit., pp. 27-35), de Lenio Streck.

direito público havia mudado e que, fundamentalmente, a Constituição, por todos os instrumentos e direitos que haviam sido incorporados, impulsionava de forma direta a transformação da sociedade através de promessas de realização de políticas de bem-estar. Afirmava, também, que o novo texto constitucional, desacompanhado de uma compreensão que lhe atribuísse o papel estratégico que brotava de sua própria redação, por si só, não seria capaz de proporcionar todos os avanços que seu conteúdo possibilitava <sup>210</sup>: era preciso, portanto, reconstruir a teoria do direito brasileira, a partir dos parâmetros constitucionais insurgentes de todas estas mudanças históricas.

Foi neste contexto que Lenio Streck manifestou a importância de se pensar uma “teoria adequada a países de modernidade tardia”. Ora, o Brasil, pelos rumos políticos de sua trajetória, não havia vivenciado as transformações de cunho social<sup>211</sup> tal como ocorreu na Europa pós-segunda guerra. Então, neste sentido, imperava a necessidade de fundamentar teoricamente o caráter de supremacia (material) assumido pela Constituição, já que a proposta positivista, própria do modelo liberal-individualista, não oferecia condições para tanto.

Este foi, assim, um primeiro passo na direção do que se pode chamar de uma tentativa de *emancipação teórica* da doutrina brasileira. Entretanto, nestes primórdios, isso ocorreu como um *movimento positivo*, no sentido de que objetivava muito mais a *edificação* de uma nova teoria em face das transformações institucionais que haviam acontecido do que a rejeição das influências de pressupostos teóricos provenientes de outras tradições jurídicas. Nos dias atuais, mais uma vez, Lenio Streck é compelido a tratar da necessidade de se firmar uma teoria voltada para o contexto brasileiro, entretanto, agora em um *movimento negativo*, isto é, de *negação* às incorporações equivocadas das construções teóricas de outros países, que, por consequência, produz o fortalecimento da teoria do direito brasileira.

Mas, afinal, por que este desafio se apresenta tão importante em face do problema do ativismo judicial? Ocorre que, como Lenio Streck afirma no capítulo que introduz sua obra

---

<sup>210</sup> Nesta linha deste posicionamento, no sentido de que a mera previsão textual não seria suficiente para promover todas as mudanças sociais necessárias, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira apresenta um interessante posicionamento, dando ênfase a outro aspecto, qual seja, o papel do governo: “Precisamos romper com as concepções, ingênuas ou cínicas, segundo as quais bastaria mudar os textos das leis ou mesmo da Constituição para serem solucionados de uma vez por todas todos os problemas de descumprimento do Direito”. [...] É necessária uma atuação governamental para isso. [...] É preciso, pois, uma prática política correspondente, de compromisso com estes princípios, com essas diretrizes, esses direitos constitucionais, a fim de se romper reflexivamente com toda uma tradição anti-constitucional e anti-democrática de exclusão social e política”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 73-74.

<sup>211</sup> Como afirmam Lenio Streck e Bolzan de Moraes em sua obra conjunta, o Estado Social (*Welfare State*), no Brasil, foi um simulacro, pois, tão logo surgiram os direitos de cunho social, foram atravessados por um período ditatorial de completa restrição de direitos. Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

“Verdade e Consenso” (chamado “Elementos para a (pré)compreensão dos elementos centrais da obra”), o ativismo norte-americano, juntamente com a jurisprudência dos valores e a ponderação alexyana, é uma das três recepções teóricas equivocadas que ocorreram no Brasil. Ou seja, o direito brasileiro revelou-se como um campo fértil para a proliferação de posicionamentos derivados de outras culturas jurídicas. Para além disso, esta recepção ocorreu de modo acrítico e equivocado, provocando, inclusive, mixagens entre estas teorias.

Da jurisprudência dos valores, movimento surgido no âmbito do constitucionalismo alemão, os juristas brasileiros assimilaram a tese da Constituição concebida como ordem de valores, bem como uma atuação jurisdicional fundamentada em critérios que estão além dos parâmetros legais, o que significa que, quando não consegue resolver o caso através da legislação, “o juiz terá que preencher o caso concreto, mediante valorações adicionais” (são nesses casos que o julgador fará uso dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais).<sup>212</sup> Assim, o Judiciário assume um papel de “tutor da política, um superpoder quase constituinte”, “guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador”<sup>213</sup>.

Com Alexy, por sua vez, na medida em que os princípios passam a ser considerados mandados de otimização<sup>214</sup>, empregados como critérios interpretativos apenas na insuficiência da regra, ganha espaço a ponderação. Sob a influência da teoria da argumentação jurídica de matriz alexyana, no Brasil, a ponderação torna-se o *método interpretativo* mais referido e chamado a ser utilizado, assumindo a feição de sopesamento entre dois (ou mais?) princípios. Contudo, como afirma Lenio Streck, à diferença da teoria alexyana, é recepcionada como *princípio* (quando, na verdade, originalmente, a ponderação é apresentada como *regra*) e constitui um procedimento de confronto direto entre princípios, concepção igualmente equivocada.

Por fim, da experiência norte-americana extraiu-se a noção de governo de juízes e, especialmente, a afirmativa de que ativismo judicial é bom para a democracia quando direcionado a concretizar direitos. Com isso, as posturas ativistas passaram a ser entendidas sob uma dúplici perspectiva – como um simples aumento da interferência do Judiciário (no sentido de acréscimo em suas atribuições), o que se confunde, como já demonstrado, com a judicialização da política; ou como sinônimo de atividade jurisdicional progressista, ao passo que o perfil contido dos juízes e tribunais foi associado a um conservadorismo. Ocorre que

<sup>212</sup> LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**, op. cit., p. 64.

<sup>213</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**, op. cit., p. 122.

<sup>214</sup> Nas palavras de Alexy: “Princípios contêm, pelo contrário [das regras], um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. [...] A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva o do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo”. ALEXY, Robert. **Contitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37.

estas assimilações desconsideraram completamente os contributos norte-americanos, que demonstram a caracterização do ativismo como interferência política direta, bem como o fato de que Brasil e Estados Unidos constituem tradições jurídicas distintas.

O que há em comum entre estes três posicionamentos (que fazem referência à jurisprudência dos valores, à ponderação e ao ativismo norte-americano)? Todos eles têm como resultado o protagonismo judicial: através dos valores, juízes e tribunais desvinculam-se da legalidade; pela ponderação, abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão; e, por fim, com o ativismo norte-americano, o Judiciário assume uma atuação de total interferência política. De um modo ou de outro, tudo repercute em uma acentuada concessão de poderes aos magistrados, que culmina no ativismo judicial, comprometendo a democracia.

Aliás, ao direcionar sua crítica para a jurisprudência dos valores, não é diferente o posicionamento da autora alemã Ingeborg Maus. Como mesmo aparece no título de um de seus principais artigos,<sup>215</sup> em que faz uma aproximação com a psicanálise, a sociedade contemporânea (para ela, em especial, a alemã) apresenta-se órfã (no sentido de que há uma perda da importância da figura do pai na construção da consciência individual), mas ao mesmo tempo, em face disso, projeta no Judiciário (mais especificamente, no Tribunal Constitucional Alemão) uma imagem que se assemelha à figura paterna. De acordo com Maus, tal afirmação não significa apenas que há “[...] uma ampliação objetiva do papel do Judiciário [...]” (aumento da dimensão interpretativa, legitimidade do controle de constitucionalidade ou tendência ao litígio), mas, fundamentalmente, que existe uma “veneração religiosa” a este Poder<sup>216</sup>. Para ela, isto traz prejuízos à democracia, questão que aparece também em outra obra sua, chamada “O Direito e a Política”, na qual afirma que o alargamento das funções jurisdicionais contrapõe-se “ao processo democrático de formação de vontade como dimensão institucionalizada de liberdade fundamental”.<sup>217</sup>

<sup>215</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>217</sup> Ao fazer uma abordagem da proposta de Kant, em defesa de um pressuposto procedimentalista – não se pode deixar de referir –, Ingeborg Maus afirma que o Tribunal Constitucional Federal alemão contribui para uma “desformalização do Direito” a partir de uma “judicatura material de direitos fundamentais”, que consiste na [...] “transformação de garantias jurídico-constitucionais de liberdade em uma ‘ordem objetiva de valor’ em que conteúdos, extensão ou delimitações dos direitos fundamentais isolados são determinados por ‘ponderações de valor’ do tribunal, sempre somente em vista às situações especiais do caso isolado que se apresente”. Para a autora, isto constitui um problema, porque, além de diminuir a importância do Direito vigente e conduzir à busca de “componentes supra-positivos de direitos fundamentais”, tem como consequência uma usurpação do caráter pré-estatal dos direitos fundamentais. Nas palavras de Ingeborg Maus: “Ao ganhar, através da ‘ponderação de valor, um poder ilimitado de interpretação em face de todas as determinações constitucionais jurídico-positivas, o Tribunal Constitucional Federal alemão usurpa, como aparato estatal, o aspecto pré-estatal dos direitos

É nesta linha, portanto, em contraposição à consolidação do Judiciário como um *super Poder*, que se pode afirmar a necessidade de analisar criticamente a recepção (predominantemente equivocada) das três teorias acima referidas. Conseguir romper com estas influências teóricas que dão ênfase à jurisdição simboliza um grande desafio em tempos de defesa do ativismo judicial. Isso somente será possível quando fortalecidas as bases de um efetivo constitucionalismo democrático.

#### 4.1.2 Desafio número dois: a superação da discricionariedade judicial

Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer *compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.<sup>218</sup>

(Lenio Streck)

Há dois principais modos de compreender por que a discricionariedade passou a fazer parte do contexto de interpretação/aplicação dos direitos no Brasil. Todavia, quaisquer um deles remetem a um mesmo ponto: o positivismo jurídico. Em resumo, seja através do que escreveram Hans Kelsen e Herbert Hart (que podem ser considerados os positivistas mais influentes), seja pela interpretação que as teorias neoconstitucionalistas (e tantos outros pós-positivismos) fizeram acerca do que propuseram estes autores (especialmente de Kelsen), o fato é que tudo conduz à discricionariedade positivista.

Quando Hans Kelsen escreveu sua teoria pura do direito (seu positivismo normativista) criou uma metateoria, que visava a distinguir lei e Direito, elementos que haviam sido fundidos pelo positivismo legalista.<sup>219</sup> Propôs, assim, uma ciência do direito à

---

fundamentais. Os âmbitos precedentes de liberdade dos cidadãos, que também deveriam permitir um controle da atividade estatal ‘de baixo’, transformam-se em um produto, criado caso a caso, de atividade decisória jurisdicional”. MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política: teoria da democracia**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. 284-285

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, op. cit., p. 110 (grifos do autor).

<sup>219</sup> Sobre esta questão da diferença entre positivismo normativista e positivismo legalista (exegético), ver o verbete “Direito”, escrito por Lenio Streck para o “Dicionário de Filosofia Política”. STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. pp. 145-150.

diferença do próprio direito, como “uma metalinguagem distinta de seu objeto”.<sup>220</sup> Ou seja, sob uma perspectiva descritiva, elaborou uma teoria que buscava atribuir cientificidade ao Direito, especialmente através de sua separação dos demais campos da esfera social (Moral, Economia e Política).

Entretanto, na parte que trata da aplicação das leis, faz três importantes afirmações: primeiro, que a interpretação por órgãos jurídicos são atos de vontade (e não atos de conhecimento do direito positivo); segundo, que, se há espaço para alguma atitude cognoscitiva, ela se dá em relação à possibilidade de incidência de outras normas (como de moral e de justiça, por exemplo); e terceiro, que a aplicação se dá discricionariamente dentro da moldura da lei ou até mesmo fora dela, criando direito.<sup>221</sup>

Nota-se que, quando Kelsen aborda a questão da interpretação, não está preocupado com uma teoria que descreva *como se deve decidir corretamente* (para ele, este é um problema de política jurídica), razão pela qual, na seara da aplicação do direito, chega a admitir a Moral (que, para Kelsen, é o campo do relativismo<sup>222</sup>). Ocorre que, majoritariamente, como afirma Lenio Streck, as teorias que se intitularam como pós-positivistas (ou neoconstitucionalistas) não compreenderam adequadamente o positivismo kelseniano, isto é, não perceberam o duplo nível de sua proposta (o da ciência e o da aplicação do direito), de modo que objetivaram superar tal postura – como se estivessem, em verdade, buscando ultrapassar o exegetismo – pela via da ampliação dos poderes jurisdicionais, defendendo a discricionariedade judicial, fato que já estava presente desde Kelsen. É este contexto, portanto, que leva autores, como Luigi Ferrajoli, a afirmar que “[...] pode-se registrar uma singular convergência do neoconstitucionalismo com o realismo e com aquele que podemos chamar de ‘neopandectismo’ [...] sobre a base de uma tese comum: o direito, na verdade, é aquele que é produzido pelos juízes”<sup>223</sup>.

Se, para Kelsen, a decisão é um ato de vontade no qual o juiz possui discricionariedade, para Herbert Hart, considerado um positivista moderado (porque não

<sup>220</sup> Como afirma Leonel Severo Rocha, “[...] na teoria pura uma coisa é o direito, outra distinta é a ciência do direito. O direito é a linguagem objeto, e a ciência do direito, a metalinguagem: dois planos linguísticos diferentes”. ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico, op. cit., pp. 16-17.

<sup>221</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, op. cit., p. 248.

<sup>222</sup> Kelsen afirma que a ciência jurídica é colocada em perigo toda vez que não se distingue o que é Direito do que é Moral. Isso porque, para ele, não há uma unanimidade na Moral, ou seja, não há uma unanimidade no que seja bom e justo, pois não há como determinar um elemento moral comum a todos os tempos e todos os lugares. Dessa forma, se isso é assim, então, a Moral é o campo do relativo e do incerto, justamente o que a teoria pura visava a combater para que fosse possível a existência de uma teoria que realmente fosse *do Direito*, isto é, uma epistemologia jurídica. Ibidem, pp. 47-49.

<sup>223</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo, op. cit., p. 36. Sobre o posicionamento deste autor acerca do neoconstitucionalismo, será feita uma abordagem na próxima seção.

defende a separação entre direito e moral), o julgador possui o poder de *escolha*. Embora Hart tenha enfrentado veemente o realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes (e, neste sentido, a questão da discricionariedade judicial fica, no mínimo, amenizada, em defesa do sistema de regras), ele admite que as regras que constituem o Direito possuem uma textura aberta, que produzem “zonas de penumbra”. É neste espaço – para muitos concebidos como casos difíceis – que se manifesta a possibilidade do juiz *escolher*.<sup>224</sup>

É preciso perceber que os critérios de discricionariedade e de escolha remetem à subjetividade do intérprete. Portanto, o ponto central desta abordagem consiste em evidenciar que ambos os modos de conceber a atividade jurisdicional estão no âmago do que pode ser entendido por ativismo judicial, que, por sua vez, pressupõe um ato de vontade de quem julga. Assim, a configuração de um Judiciário não ativista demanda a superação de um imaginário no qual os juízes possuam poderes discricionários e/ou liberdades interpretativas – eis, então, mais um desafio do Constitucionalismo Contemporâneo.

#### 4.1.3 Desafio número três: a preservação da autonomia do direito

Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda dessa característica [...]. Ou seja, em uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não possui “DNA”.<sup>225</sup>

(Lenio Streck)

Neste ambiente marcado por problemas na recepção das propostas advindas de outras tradições jurídicas (que desafia a construção – e/ou fortalecimento – de uma teoria que seja condizente com as particularidades do contexto político-jurídico brasileiro) e pela aposta em uma postura discricionária do Judiciário na interpretação do Direito, própria do positivismo normativista (que, em face do constitucionalismo democrático, provoca sua superação por um controle da jurisdição), surge outro desafio, profundamente interligado a tudo isso: a preservação da autonomia do Direito.

<sup>224</sup> HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009. pp. 265 e ss.

<sup>225</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 44.

Quando se está abordando a questão que envolve a defesa da *autonomia do Direito* se está tratando, portanto, de analisar como se dá a relação entre, por exemplo, Direito e Moral, Direito e Economia, e Direito e Política. Por muito tempo, como já referido, o positivismo jurídico, ao elaborar uma teoria com pretensões de criar uma ciência do direito, tratou de excluir estes elementos do conteúdo jurídico. Neste sentido, o foco das propostas que surgiram como modo de enfrentar o positivismo estava direcionado a oferecer tentativas de reconciliação entre estas esferas <sup>226</sup>, especialmente entre Direito e Moral.

Como resultado disso, surgiu o que Lenio Streck chama de “predadores externos do direito”. Ou seja, modos de inter-relacionar o âmbito jurídico com conteúdos morais, econômicos e/ou políticos que, por incidência de seus próprios critérios para a tomada da decisão, resultaram no enfraquecimento do campo jurídico. Como mesmo afirma Streck, o resultado disso é a perda do DNA do Direito, no sentido de que, ao sofrer as influências da Moral ou da Economia de modo substitutivo da *estrutura* que lhe compõe, o Direito acaba perdendo sua identidade como efetivamente esfera *jurídica*.

Como exemplo disso, tem-se um movimento surgido no seio da doutrina norte-americana, a *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito), que se propõe a “[...] transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social [...]”<sup>227</sup>. Segundo Alexandre Morais da Rosa, impulsionado pelo discurso liberal, este movimento colocou o Direito na condição de “meio para atendimento do fim superior do ‘crescimento econômico’”. Isso significa afirmar que o Direito foi transformado em instrumento, que, por este raciocínio, passa(ria) a submeter a uma racionalidade de custos e benefícios.<sup>228</sup>

Com Luigi Ferrajoli, por sua vez, é possível perceber que as teorias contemporâneas estão direcionadas a *promover* a reconciliação entre Direito e Moral (o que, aliás, para o jurista italiano, é considerado uma inclinação ao jusnaturalismo, do que Lenio Streck discorda). Só que, para o autor italiano, esta relação entre Direito e Moral acabou construindo uma concepção de constitucionalismo caracterizada: primeiro, pelo ataque ao positivismo

---

<sup>226</sup> Convém mencionar que António Castanheira Neves justamente aborda esta questão das influências pelas quais o âmbito jurídico vem passando como uma problemática do sentido do Direito que se dá funcionalmente: “Já *funcionalmente*, por fim, quando no horizonte se anunciam, ou se forjam já, outros reguladores sociais mais eficazes e mais dos nossos dias do que seria o direito: seja a política, com o seu poder, seja a ciência-técnica (a “tecnologia social”) com sua otimização estratégica, seja a economia (com a libertação do mercado) e a sua motivação racionalizada dos interesses, etc.”. NEVES, António Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 13. (grifo do autor)

<sup>227</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 56.

<sup>228</sup> *Ibidem*, pp. 48-55.

jurídico e à tese da separação entre Direito e Moral; e, por consequência, a caracterização do ativismo judicial decorrente de direitos estabelecidos por princípios.<sup>229</sup> Na verdade, a tamanha viciosidade existente na forma como abordar a relação Direito e Moral conduziu Ferrajoli a fazer uma associação entre neoconstitucionalismo, jusnaturalismo, neopandectismo e ativismo judicial, especialmente porque o segundo e o terceiro enfatizam o papel atribuído aos juízes.

É por isso que ele cria o seu “constitucionalismo garantista”<sup>230</sup>, que não surge em ruptura ao positivismo jurídico, mas em seu reforço, com o adicional de que as normas constitucionais passam a orientar a produção do direito positivo. “Graças a isso a legalidade não é mais – como no velho paleojuspositivista – somente ‘condicionante’ da validade das normas infralegais, mas é ela mesma ‘condicionada’, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais”. Aliás, é justamente pelos equívocos na forma de conceber a relação Direito e Moral (que conduziu a uma ampla atuação de juízes e tribunais – em outras palavras, ao ativismo) que levou Ferrajoli a afirmar a manutenção do “princípio juspositivista da separação entre direito e moral”, contrapondo-se às teses neoconstitucionalistas que predominantemente assentaram-se sob esta abordagem.<sup>231</sup>

Qual, então, a relação entre a defesa da *autonomia do Direito* e o ativismo judicial? Ocorre que o ativismo se manifesta pela existência destes “predadores”. Ou seja, sempre que a fundamentação da decisão exprimir um critério de Economia, de Moral ou de Política, isto é, não jurídico, estar-se-á diante de um ativismo judicial. E é por isso que, em face destas posturas teóricas que, ao apostar no poder dos juízes, sobrepõem o Direito a interferências de outras esferas, que resgatar a autonomia do Direito se apresenta como um desafio.

---

<sup>229</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 35.

<sup>230</sup> Sobre o “constitucionalismo garantista” de Luigi Ferrajoli, André Karam Trindade, que foi seu orientando no curso de doutoramento pela Università degli Studi di Roma Tre, escreveu artigo justamente para tratar da proposta deste autor italiano, considerando que, no Brasil, sua teoria possuiu maior incidência no âmbito do direito penal e processo penal. Assim, fazendo uma abordagem sobre o posicionamento de Ferrajoli sob a perspectiva de sua teoria do direito, André Karam Trindade afirma que: “Segundo Ferrajoli, por exemplo, a definição de paradigma constitucional ou garantista é um conceito formal que, no plano teórico, equivale ao sistema de limites e vínculos substanciais – quaisquer que eles sejam – impostos a todos os poderes públicos através de normas hierarquicamente superiores àquelas produzidas durante seu exercício. Mais do que isto. É precisamente no seu caráter formal que reside sua inegável força vinculante, visto que uma tese como a da relação conceitual com a moral resulta, ao final, na redução do constitucionalismo a uma ideologia, debilitando, assim, seu valor teórico”. TRINDADE, André Karam. *Discutindo o garantismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política* (Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI), Itajaí, v. 6, n. 3, pp. 1228-1251, 3º quadrimestre. 2011. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>> Acesso em 13 jan. 2012. pp. 1236-1237.

<sup>231</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*, op. cit., pp. 37-38.

## 4.2 OS REFLEXOS DO ATIVISMO NA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS

Na abertura deste trabalho, sob o enfoque da distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, foram apresentados os principais posicionamentos doutrinários sobre o tema no Brasil. Com isso, objetivou-se, oferecer um panorama sobre os diversos modos de estudar a questão e, ao mesmo tempo, apresentar um posicionamento que serviria como base para o desenvolver dos próximos capítulos. Se, como mencionado acima, o Constitucionalismo Contemporâneo (Streck) impõe desafios, resta demonstrar o motivo pelo qual todos aqueles elementos se revelam efetivamente como tais.

O caminho escolhido para tanto, neste momento, foi a realização de uma análise dos reflexos desta discussão sobre a atuação jurisdicional. Assim, primeiramente, com um objetivo que se pode dizer geral, foi realizada uma busca jurisprudencial, visando a observar se os membros do Poder Judiciário fazem menção ao termo ativismo judicial em suas decisões e como isto ocorre; posteriormente, então, foram selecionados dois casos paradigmáticos, que, na sequência, passarão a ser analisados individualmente quanto ao seu mérito. Em seu conjunto, esta abordagem demonstrará a importância de, no atual contexto, abrir-se espaço para problematizar o ativismo judicial no Brasil.

### 4.2.1 O emprego da expressão ativismo judicial no âmbito dos tribunais brasileiros

Utilizando-se dos seguintes critérios de busca – “ativismo judicial”, “ativismo”, “ativista” e “autocontenção” –, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial<sup>232</sup> nos sítios do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), instância de segundo grau do Estado no qual está ambientada a elaboração deste trabalho, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Como resultado, é possível sistematizar os dados da seguinte maneira:

---

<sup>232</sup> A pesquisa foi atualizada até fevereiro do ano de 2012.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS)**

*Ativismo Judicial*

Apelação Cível 70039265582 | 11ª Câmara Cível | Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil |  
Julg.: 23/02/2011 | DJ: 03/03/2011

Caso: Em ação civil pública para discutir revisão de contrato bancário, é apresentada apelação pela instituição financeira, pedindo a nulidade da sentença que limitou os juros moratórios, considerada *extra petita* (uma vez que a exordial apenas pretendia a nulidade de cláusula contratual que prevê a comissão de permanência cumulada com os outros encargos da mora). Julgando procedente o pedido da apelante, o relator declara a nulidade parcial da sentença, invocando, inclusive, súmula n. 381 do STJ (não é possível ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas inseridas em contratos bancários). Neste contexto, o relator conclui: “E, ainda, não que há falar em aplicação do **Princípio do Ativismo Judicial** ou da **Máxima Efetividade do Processo Coletivo** no ponto em análise, eis que se limita, segundo Hermes Zanetti Junior e Leonardo de Medeiros Garcia apenas a poderes instrutórios e de efetivação das medidas concedidas”.

**\* O ativismo aparece, então, como poderes instrutórios.**

Apelação Crime 70035811710 | 3ª Câmara Criminal | Relator: Nereu José Giacomolli | Julg.: 28/10/2010 |  
DJ: 22/11/2010

Caso: Arguição de preliminar – nulidade por descumprimento do art. 212, CPP (inquirição de testemunha em processo penal). A expressão **ativismo judicial** aparece apenas na ementa. Porém, no voto do revisor, que foi acolhido por maioria, aparece a seguinte afirmação: “O **ativismo processual**, na dinâmica dos atos processuais, é das partes, da acusação e da defesa, e não mais do magistrado, sujeito processual encarregado da decisão, a quem as partes (outros sujeitos) labutarão nos autos para convencê-lo”.

**\* Embora não seja expressamente afirmado, conclui-se da leitura do acórdão que o emprego da expressão ativismo judicial está vinculado ao fato de que o descumprimento do art. 212 do CPP é considerado ativismo judicial.**

Apelação Cível 70017789868 | 17ª Câmara Cível | Relator: Elaine Harzheim Macedo | Julg.: 08/02/2007 |  
DJ: 21/02/2007

Caso: ação demarcatória sem comprovação de propriedade (sem título). Ainda que presentes os requisitos para ser possível a interposição de ação petítória, a conversão em ação petítória é considerada ativismo judicial.

**\* A expressão aparece apenas na ementa e não volta a ser utilizada no decorrer do acórdão.**

Apelação Cível 70008795775 | 7ª Câmara Cível | Relator: José Carlos Teixeira Giorgis | Julg.: 23/06/2004 |  
DJ: 05/08/2005

Caso: ação declaratória visando à adoção informal. A expressão aparece na ementa: “O **ativismo judicial** e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários”. Com isso, a tentativa de se considerar o caso como próprio de adoção póstuma dá-se em nome de um ativismo judicial, que, no desenvolvimento do acórdão, é justificado com as seguintes afirmações do relator, em seção sob o título de “ativismo judicial”: a) “O Juiz de família dispõe de poderes e atribuições que não são próprios de outros magistrados”; b) “[há] orientação recente [que] aconselhe maior intervenção”; c) “Os poderes do juiz se ampliam”; d) “O juiz moderno não pode ser um expectador inerte, um *convidado de pedra*, atento somente à elucidação do acontecimento”; e) “[...] o fenômeno se traduz por uma intensificação da atividade do juiz”; f) “Em processos dominados pela oficiosidade, desde logo é certo que neles o juiz dispõe de amplos poderes para formar seu convencimento, e, por conseguinte, tocará, eventualmente, ordenar de ofício diligências instrutórias, em medida mais espaçosa, mas se não atingir, por tal via, um grau de persuasão suficiente para sentenciar, virá a lei em seu auxílio, adotando um critério de decisão, eventualmente diferente em cada processo legal, importando sublinhar que o juiz deverá julgar sempre, mesmo que seja por *ex informata conscientia* e não apenas segundo os *allegata et probata partium*”; g) “A tônica da nova ciência processual centra-se na idéia do *acesso à justiça*, e o direito de ação passou a ser vislumbrado não mais como direito ao processo, mas como garantia cívica da justiça, assumindo a missão de buscar resultados práticos e efetivos que não apenas realizassem a vontade da lei, mas que a ela dessem o máximo de aspiração de justiça”; h) “O processo assume o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal para atingir a meta do processo justo”.

**\* O ativismo judicial aparece, em resumo, como poderes especiais dos juízes (em especial, de família).**

Apelação Cível 599134566 | 6ª Câmara Cível | Relator: Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior | Julg.: 22/12/1999

Caso: Ação envolvendo o pagamento de danos materiais provenientes de incêndio. O termo “ativismo judicial” já aparece na ementa: “Se há dissenso sobre o valor do bem segurado, inteiramente destruído, e possível sendo a realização de prova técnica, deve determiná-la o juiz, com base no art. 130, do CPC. No moderno processo,

<p>ampliou-se o espaço para o <b>ativismo judicial</b>".</p> <p><b>* A expressão está vinculada aos poderes instrutórios do juiz.</b></p>
<p>Agravo de Instrumento 70000138990   6ª Câmara Cível   Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior   Julg.: 20/10/1999</p> <p>Caso: Agravo de instrumento interposto contra pronunciamento do magistrado no sentido de diligenciar a juntada de documentos.</p> <p><b>* A expressão "ativismo judicial" aparece só na ementa, relacionada com a possibilidade do juiz gerir a produção probatória.</b></p>
<p>Apelação Cível 598472447   6ª Câmara Cível   Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior   Julg.: 20/12/1999</p> <p>Caso: desta decisão não é disponibilizado o acórdão. Ementa: Apelação cível. Falência. Habilitação de crédito. <b>Ativismo judicial.</b> Deficiência em aspecto fundamental. Apelação desprovida.</p>
<p>Apelação Cível 598165736   6ª Câmara Cível   Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior   Julg.: 25/11/1998</p> <p>Caso: desta decisão não é disponibilizado o acórdão. Ementa: <b>Ativismo judicial.</b> Incumbe ao juiz, no processo moderno, atividade tendente ao tanto quanto possível completo esclarecimento dos fatos, quando os elementos constantes dos autos não exibem satisfatório ou, pior do que isso, sejam até contraditórios, determinando as partes a produção da prova que se faz necessária e utilizando ele próprio os meios que lhe alcança a lei, como é o caso do interrogatório para esclarecimentos (art. 342, do CPC).</p> <p><b>* Ativismo como maiores poderes instrutórios ao juiz.</b></p>
<p><i>Ativismo</i></p>
<p>Para o critério "ativismo" aparecem os mesmos julgados acima.</p>
<p><i>Ativista</i></p>
<p>Apelação Cível 70014830947   17ª Câmara Cível   Relator: Elaine Harzheim Macedo   Julg.: 20/04/2006   DJ: 26/05/2006</p> <p>Caso: Julgamento de apelação em face de recurso interposto errado em sede de impugnação ao valor causa nos autos de uma ação declaratória de insolvência civil. A apelada interpôs apelação, quando a medida correta seria agravo. Como o serviço cartorário havia nomeado como sentença o incidente processual, o recurso foi julgado improcedente, considerando a relatora que a apelação deveria ser aceita "se não por regras rígidas, que afastariam <i>in casu</i> a fungibilidade recursal, por um <b>ativismo judicial</b> com o enfrentamento das questões substanciais, tanto quanto possível que esta Câmara procura priorizar em seus julgamentos".</p> <p><b>* Ativismo aparece, aqui, como boa prática judicial.</b></p>

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

### *Ativismo Judicial*

REsp 650728/SC | Segunda Turma | Relator: Herman Benjamin | Julg.: 23/10/2007 | DJe: 02/12/2009

Caso: responsabilidade civil pelo aterramento de um manguezal, sendo esta área considerada de preservação permanente pela Constituição e pela lei ambiental. O posicionamento do relator é no sentido de que não há que se falar em ativismo judicial ao defender que o manguezal é APP, mas ativismo da lei e da Constituição. Na ementa: "No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o **ativismo** é da lei e do texto constitucional. Ao contrário de outros países, nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador".

**\* O ativismo judicial é compreendido como desnecessário para concretizar direitos.**

REsp 666419/SC | Primeira Turma | Relator: Luiz Fux | Julg.: 14/06/2005 | DJ: 27/06/2005

Caso: Discussão sobre a utilização do sistema BACEN para averiguação de conta corrente em sede de execução fiscal. O parecer foi favorável ao uso de tal sistema de penhora, nos seguintes termos: "Dessa forma, o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11, da Lei nº 6.830/80. Deveras é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo, e que, por si só, torna despidendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas

também porque é o próprio juízo que, em <b>ativismo</b> desejável, colabora para a rápida prestação da justiça”.
* <b>Ativismo aparece como maior atuação do Judiciário.</b>
REsp 540179/SP   Primeira Turma   Relator: Luiz Fux   Julg.: 16/12/2003   DJ: 14/06/2004 Caso: A discussão foi gerada em torno do dever de se indenizar áreas remanescente, em face da existência de expropriação. Como o debate acabou sendo conduzido sobre a situação do imóvel, e o perito havia apresentado laudo contraditório, o relator decidiu por, com fundamento no art. 130 do CPC, remeter os autos para que sejam produzidas mais provas. Como base teórica, utilizou a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco e livro próprio, ambos defendendo o <b>ativismo judicial</b> . Como referido no acórdão: “De tudo quanto foi exposto, revela-se evidente que, à luz do moderno Direito Processual Civil, prestigia-se o <b>ativismo judicial</b> a fim de se alcançar a efetivação da justiça, por isso que incumbia ao Tribunal de origem, uma vez verificada a divergência na valoração da prova pericial, determinar a realização de nova perícia ou requerer esclarecimentos ao vistor oficial”.
* <b>O ativismo é compreendido como maiores poderes instrutórios do magistrado.</b>
REsp 506719/PR   Primeira Turma   Relator: Luiz Fux   Julg.: 20/11/2003   DJ: 09/12/2003 Situação idêntica a anterior – produção de provas pelo magistrado. Remessa dos autos à origem.
* <b>O ativismo é compreendido como maiores poderes instrutórios do magistrado.</b>
<i>Ativismo</i>
Para este critério, aparecem os quatro julgados acima mencionados, mais o que segue abaixo.
REsp 629312/DF   Quarta Turma   Relator: Hélio Quaglia Barbosa   Julg.: 27/03/2007   DJ: 23/04/2007 Caso: Discussão sobre a produção de prova pericial. Parte da ementa é constituída de texto de Cândido Rangel Dinamarco: “A experiência mostra que a <i>imparcialidade</i> não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não deve impressionar o sentido de fechar a todos os juizes, de modo absoluto, as portas de um sadio <b>ativismo</b> ’ (Instituições de Direito Processual Civil, volume III, 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, páginas 52-54, grifos no original)”. Este é o único modo como a palavra <b>ativismo</b> aparece no voto.
* <b>Ativismo como maiores poderes instrutórios do magistrado.</b>
<i>Ativista</i>
Para este critério, apareceu julgado já relatado (REsp 650728/SC).

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

### *Ativismo Judicial*

ADPF 132/RJ | Tribunal Pleno | Relator: Ayres Britto | Julg.: 05/05/2011 | DJe Pub.: 14/10/2011  
Caso: Reconhecimento das uniões homoafetivas. No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do **ativismo judicial** começa a ser discutida em diálogo com o texto de Lenio Streck, Vicente Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira.<sup>233</sup> Como resultado da análise do posicionamento destes autores, o ministro manifesta entendimento contrário, afirmando que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o Legislativo venha a atuar; que o Supremo Tribunal Federal deve apresentar uma resposta de caráter positivo; que “se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo” (pp. 160-162). Já o pronunciamento do ministro Celso de Mello sobre o **ativismo**, em um primeiro momento, ocorre de um modo diferenciado, pois afirma: “nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual **ativismo judicial** exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos”; e, ainda, “práticas de **ativismo judicial**, embora

<sup>233</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, pp. 75-83. jul./dez. 2009.

<p>moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam excessivamente o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade” (p. 261).</p> <p><b>* No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo apresenta-se como uma postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes. Celso de Mello, por sua vez, identifica o ativismo também como uma postura ativa, mas agrega o fato de que ela ocorre em cumprimento da Constituição. Ainda, aponta o ativismo como uma necessidade institucional.</b></p>
<p>ADIn 4277/ DF   Tribunal Pleno   Relator Ayres Britto   Julg.: 05/05/2011   DJe Pub.: 14/10/2011          Caso: Reconhecimento das uniões homoafetivas. Trata-se do mesmo caso acima referido.</p>
<p><i>Ativismo</i></p>
<p>Para este critério, aparecem os dois julgados acima mencionados.</p>
<p><i>Autocontenção</i></p>
<p>MS 25579MC/DF   Tribunal Pleno   Relator: Sepúlveda Pertence   Julg.: 19/10/2005   DJe Pub.: 24/09/2007          Caso: Mandado de segurança com pedido liminar impetrado pelo Dep. José Dirceu contra o recebimento e o processamento da representação no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar e a eventual e consequente cassação de seu mandato parlamentar. O termo aparece em parte da ementa: “Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de <b>autocontenção</b> que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão. À luz deste último imperativo, cumpre a esta Corte conhecer de impetração na qual se discute se os atos ministeriais do parlamentar licenciado se submetem à jurisdição censória da respectiva câmara legislativa, pois a matéria tem manifestamente estatutura constitucional, e não interna corporis. Mandado de segurança conhecido”.</p> <p><b>* Autocontenção como postura que evita a invasão do Judiciário na defesa dos outros Poderes.</b></p>

Em análise dos dados sistematizados acima, é possível chegar às seguintes conclusões:

*a)* os termos “ativismo judicial” e seus correlatos figuram poucas vezes nas decisões dos tribunais; *b)* por outro lado, quando aparecem, em sua maioria, são apenas referidos, sem que exista um aprofundamento sobre o tema que ao menos cogite o significado deste termo ou que contextualize sua utilização; *c)* quando presente algum esclarecimento doutrinário, ele se dá em termos de menção à escola instrumentalista do processo (em especial, Cândido Rangel Dinamarco); *d)* usualmente, o ativismo é concebido como sinônimo de um papel mais atuante na condução do processo civil, em especial no que diz respeito à realização da instrução probatória por parte do magistrado; *e)* em apenas um dos acórdãos, foi possível verificar um posicionamento no sentido de que não se faz necessária a defesa de um ativismo judicial para concretizar direitos, que é o caso da decisão sobre direito ambiental proferida no Superior Tribunal de Justiça; e *f)* os votos dos ministros da Supremo Tribunal Federal, mais alta Corte do país, demonstram como a compreensão do ativismo ainda se mantém vinculado a uma *boa atuação do Judiciário*, isto é, como *consequência natural da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições*.

Evidentemente, a pesquisa jurisprudencial por estes critérios não esgota todos os casos de ativismo judicial, afinal, nem todo membro do Judiciário com uma postura ativista assim se denomina. Contudo, por um lado, os resultados demonstram que este assunto ainda é tratado no âmbito jurisdicional de um modo raso, sem qualquer comprometimento na utilização do termo (pois, mesmo no caso dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em nenhum momento é feita uma retomada sobre o sentido de ativismo judicial, partindo-se do pressuposto de que seja uma postura mais interventiva, no cumprimento da Constituição ou do que os Ministros *consideram* incluído em seu texto). Por outro lado, revela também o quanto a expressão ainda está vinculada a uma ideia de aumento dos poderes do Judiciário, que, por consequência, desagua igualmente no protagonismo judicial.

Isso ainda pode ser melhor demonstrado diante da análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em dois recentes casos: a Reclamação Constitucional n. 4335 (progressão de regime para crimes hediondos) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178 (agora convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, sobre as uniões homoafetivas). Deste modo, na sequência, com o objetivo de apenas ilustrar a problemática que se instaura através da defesa do ativismo judicial no país, serão retratados ambos os julgados.

#### **4.2.2 O caso do art. 52, X da Constituição Brasileira: mutação constitucional?**

O direito constitucional brasileiro possui duas modalidades de exercício do controle de constitucionalidade: difusa ou concentrada. A primeira, inspirada no modelo norte-americano (*judicial review*), consiste na possibilidade de, no curso de qualquer ação, questionar-se a constitucionalidade de lei ou ato normativo, possibilitando-se, assim, uma ampla constitucionalização dos direitos (daí a afirmação de que toda jurisdição é, também, jurisdição constitucional, como já referido neste trabalho). Por sua vez, a via concentrada, que foi incorporada tardiamente na história do constitucionalismo brasileiro (em 1965), possui mecanismos e procedimentos próprios para seu exercício, que ocorre diretamente perante um tribunal.

Também são dois os tipos de efeitos que podem ser atribuídos às decisões em sede de controle de constitucionalidade. Uma vez exercido de modo concentrado, o efeito será *erga omnes* (para todos, sendo, portanto, vinculante). Se realizado pela via difusa, *inter partes*

(incidente apenas no caso em análise), podendo ser atribuído efeito *erga omnes* mediante a remessa ao Senado Federal, a teor do que dispõe o art. 52, X da Constituição Brasileira, dispositivo que foi incluído no texto constitucional a fim de equacionar um problema surgido na *importação* do controle de constitucionalidade estadunidense para a realidade brasileira – naquele país, as decisões, como regra, por força da doutrina do *stare decisis*, possuem caráter vinculante.

Por outro lado, há apenas uma maneira de se alterar formalmente o texto de uma Constituição. Isso se dá pela via de um processo legislativo específico, previsto em seu art. 59 – emenda constitucional. Este procedimento de alteração textual necessita da aprovação do Congresso Nacional, do Presidente da República ou de Assembleias Legislativas, observados os requisitos e particularidades estabelecidos pelo art. 60 da Constituição do Brasil.

Por sua vez, Nelson Nery Júnior afirma que mutação constitucional não consiste em um processo de artificialidade. Ou seja, não se trata de uma medida intencional, programada. Em outras palavras, não se pode pretender *fazer uma mutação* – ela ocorre ou não, caso contrário se estaria incorrendo em violação ao Estado Constitucional.<sup>234</sup> No mesmo sentido, Joaquim José Gomes Canotilho afirma que mutação constitucional sucede quando há uma modificação do sentido do texto, sem que se altere sua redação<sup>235</sup>.

Ainda, a construção de sentido de um texto, a partir do que é afirmado por Friedrich Müller, parte de uma distinção entre texto e norma<sup>236</sup>. Como afirma Lenio Streck, sob os aportes da hermenêutica filosófica, a norma é o produto da interpretação deste texto. Isto é, há uma diferença, que é ontológica, entre ambos, contudo, não existe um texto sem a norma, assim como também não há norma sem texto<sup>237</sup>.

Em resumo: nas linhas acima, de modo breve, mencionou-se aspectos sobre controle de constitucionalidade, seus efeitos, previsões constitucionais, mutação constitucional e hermenêutica jurídica. Por que foi realizada essa abordagem? Ocorre que, apesar de tudo o que informa o texto da Constituição e a doutrina, isto é, embora tudo o que foi referido acima

<sup>234</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e *Verfassungsstaat*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>235</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.1228.

<sup>236</sup> “‘Concretização’ da norma não significa tornar ‘mais concreta’ uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*.” (grifos do autor) MÜLLER, Friedrich. Teoria da Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. pp. 45-52.

<sup>237</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 278.

constitua a tônica do constitucionalismo brasileiro, no julgamento da Reclamação Constitucional n. 4335/AC, o Ministro Eros Grau (Supremo Tribunal Federal), acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, *a pretexto de mutação constitucional*, manifestou-se pela atribuição do efeito *erga omnes* à decisão tomada em sede de controle difuso, nos seguintes termos:

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].<sup>238</sup>

Considerando o que foi esclarecido antes de ser transcrita esta parte do voto do Ministro Eros Grau, só há uma maneira de compreender tal posicionamento: como ativismo judicial. Afinal, como regra, (1) o efeito da decisão em sede de controle difuso não é *erga omnes*, (2) não se altera a redação da Constituição por meio de decisão judicial, (3) a situação não configura caso de mutação constitucional e, acima de tudo, (4) a leitura realizada por Eros Grau é tão destoante que não se trata de mera interpretação do texto constitucional, mas revela-se como criação de outro diferente. Aliás, não se pode deixar de referir que esta crítica foi primeiramente realizada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Lenio Luiz Streck e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, para quem, “[...] ao final dos debates [...], poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte [...]”<sup>239</sup>.

O caso ainda não foi julgado, mas já bem revela os descaminhos pelos quais a atuação jurisdicional brasileira vem passando. A vingar a tese presente no voto do Ministro Eros Grau, haverá diversas consequências<sup>240</sup>. De pronto, surge um *problema democrático* (que, nesta parte, pode-se dizer em um sentido estrito), já que o modo como o papel do Senado Federal é tratado no âmbito do controle difuso acaba tornando-o mero órgão de comunicação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Com isso, retira-se as possibilidades de chancela dos

<sup>238</sup> Voto do Ministro Eros Roberto Graus proferido em sede de julgamento da Reclamação 4335, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335/AC. Reclamação: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 19 out. 2009.

<sup>239</sup> STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio M. Barreto. A nova compreensão do STF sobre o controle difuso de constitucionalidade, op. cit., p. 1.

<sup>240</sup> A abordagem realizada na sequência está fundamentada no artigo já referido.

representantes do povo no processo de controle de constitucionalidade, mitigando o modelo de *participação democrática indireta* esboçado pela Constituição no art. 52, X.

Por outro lado, tem-se, também, um *problema de violação a direitos fundamentais*, pois se estará conferindo efeitos de uma decisão tomada no curso de um processo específico para outros cidadãos sem que eles tenham tido a possibilidade de participação no curso da ação. Assim, estender os efeitos àqueles que não tiveram oportunidade de se manifestar consiste numa clara violação ao princípio do contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. Estará caracterizada, portanto, uma lesão a direitos e garantias fundamentais.

Ainda, isso trará consequências radicais para a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil. Ora, se a diferença da modalidade difusa para a concentrada é justamente seus efeitos, isto é, o alcance da decisão, então, nestes termos, não haverá mais distinção entre os dois modelos. Com isso, o Judiciário estará não apenas alterando o texto do dispositivo em questão (o art. 52, X), mas também, por reflexo, aquelas disposições que estabelecem quais os efeitos da decisão que julgou inconstitucional lei ou do ato normativo julgado inconstitucional em caso de recurso extraordinário.

Na origem de todos estes problemas está o debate a que se propõe este trabalho: a questão do estabelecimento de limites aos poderes judiciais. Não há dúvidas que este caso, da forma como apresentado, pode ser considerado um exemplo de ativismo judicial. E, assim sendo, ficam evidentes os riscos que corre o Direito ao assimilar posturas interventivas do Judiciário.

#### **4.2.3 O caso da ADPF 178: hermenêutica constitucional?**

A situação acima mencionada obteve grande repercussão junto à comunidade jurídica. Contudo, nenhum outro caso gerou tanta polêmica como o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 178. Trata-se de uma tentativa da Procuradoria Geral da República de regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo e garantir-lhes os mesmos direitos dos companheiros heterossexuais pela via judicial, colocando-se em debate o art. 1723 do Código Civil<sup>241</sup>, bem como art. 226, §3º da Constituição<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Art.1.723, CC. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>242</sup> Art. 226, §3º, CF. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Esta discussão judicial apresenta-se passível de críticas por pelo menos dois motivos<sup>243</sup>. Primeiro por apontar para os problemas no manejo dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade. Segundo por possibilitar a análise do papel exercido pelo Judiciário na definição de questões de escolha política, o que, ao fim, implica debater sobre os limites da atuação do Judiciário.

No que diz respeito ao primeiro ponto, pode-se afirmar que, de início, o Supremo colocou em xeque a medida utilizada pela Procuradoria. Ao receber a ADPF, despachou determinando que a inicial fosse emendada, já que não indicava, claramente, qual ato específico deveria ser desconstituído ou de que forma o Estado estaria violando os princípios sensíveis, transformando-a, assim, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) com pedido de interpretação conforme. No cumprimento da exigência, a Procuradoria Geral da República alegou que a ação objetivava o julgamento de dois objetos: a omissão do Estado ao não reconhecer a união homoafetiva (sem ser possível mencionar um caso); e a existência de um grande número de decisões que, sem realizar *a devida leitura constitucional* do art. 1.723 do Código Civil, fazem interpretações restritivas deste dispositivo, que, segundo a tese da Procuradoria, apenas teria conteúdo de caráter exemplificativo, devendo, portanto, ser estendida sua aplicabilidade às uniões homoafetivas (desde que preenchidos os requisitos para reconhecimento da união estável, independente de sexo).

De fato, o uso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) não se apresenta como meio adequado para discutir a questão perante o Supremo. Nesta linha, se existente a referida omissão, o mecanismo apropriado para tanto seria o mandado de injunção, que justamente visa a proporcionar esta articulação entre os Poderes. Contudo, a tese do mandado de injunção também não prospera, porque, de fato, não há omissão nos termos alegados (aliás, como bem mencionam Lenio Streck, Vicente Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira, nem sempre uma omissão aponta para uma inconstitucionalidade: às vezes constitui uma escolha política).<sup>244</sup>

Ultrapassada esta questão, o ponto central é que o texto constitucional e o Código Civil são claros quando tratam da matéria: referem-se a homem e mulher. E, ao fazer tal afirmação, não se está buscando recuperar pressupostos positivistas (exegéticos/subsuntivos),

---

<sup>243</sup> A crítica apresentada nesta seção está inteiramente assentada no artigo de Lenio Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira. Neste sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”, op. cit., *passim*.

<sup>244</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”, op. cit., p. 80.

mas evidenciar que, por mais que se deva reconhecer a dimensão hermenêutica do direito, dar uma nova interpretação a um texto constitucional não significa possibilitar a substituição/alteração do texto da Constituição, como pretende a PGR. Em outras palavras, isso significa afirmar que o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a usurpar de prerrogativas do Legislativo, tal como a competência para reconhecimento e regularização dos direitos e garantias das uniões estáveis homoafetivas, caso em discussão.

No fundo, mais uma vez, retorna-se ao ponto que desde o início deste trabalho vem sendo discutido: afinal, qual o papel do Judiciário nesta quadra da história? Está certo que a controvérsia sobre o reconhecimento dos direitos homossexuais não pode ficar sem o devido amparo jurídico, contudo, isso deve ocorrer através de uma esfera mais ampla de representação social, pois vivemos em uma sociedade democrática, que, por seus pressupostos, exige a participação de todos segmentos na tomada de suas decisões fundamentais. Evidentemente, a relação homoafetiva faz parte da realidade social, e, portanto, seu reconhecimento merece alcançar *status* jurídico, mas, ainda que a causa seja justa, não cabe a um tribunal, através de um ato investido de autoridade (e vontade), decidir de modo a contrariar o arcabouço jurídico existente no país.

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

### 4.3 RESPOSTAS AO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD)

O cenário jurídico brasileiro é tomado por posicionamentos teóricos a favor do protagonismo judicial e por posturas jurisprudenciais que materializam o uso de expressões como *supremocracia*<sup>245</sup>, que passaram a descrever a atuação jurisdicional do país. A contemporaneidade é, portanto, marcada por um crescente movimento de fortalecimento do Judiciário, que, elevado a ativismo judicial, aparece como um problema que precisa ser contido. Surge, assim, a necessidade do que se poderia chamar de *contramovimento*.

No atual contexto, os esforços não se voltam mais para *chamar o Judiciário a atuar*, mas para *segurá-lo*. Ou seja, é certo que esse Poder passou por uma verdadeira *mutação funcional*, na medida em que foi provocado a atuar nas esferas de responsabilidade outrora exclusivas do Executivo e Legislativo, como, por exemplo, na realização de políticas públicas – responsabilidade administrativa –, caracterizando, portanto, o fenômeno da judicialização. Contudo, o quadro que se apresenta não é tão-somente o do exercício de uma complementariedade (ou cooperação) diante da omissão dos demais Poderes, mas de uma acentuada e discricionária atuação, elevada a ponto de, no ano de 2009, o “Anuário da Justiça” veicular a seguinte notícia em sua capa: “O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa”<sup>246</sup>.

Mais do que nunca, diante dessa realidade, é preciso repensar a atuação do Judiciário. Assim, se o atual contexto jurídico impõe desafios, a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck apresenta respostas para tanto, a partir do que o jurista passou a chamar de características do Constitucionalismo Contemporâneo. Trata-se de um movimento que surge como superação ao positivismo jurídico, numa perspectiva de “descontinuidade”, implicando um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, através do estabelecimento de *novas teorias: das fontes, da norma e da interpretação*, divisão que dará estrutura a este subcapítulo.

---

<sup>245</sup> VILHENA, Oscar Vieira. *Supremocracia*, op. cit.

<sup>246</sup> O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa. **Anuário de Justiça**. São Paulo: Conjur Editorial, 2009. pp. 23-25.

### 4.3.1 A defesa intransigente da Constituição a partir de uma nova teoria das fontes

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados.<sup>247</sup>

(Lenio Streck)

Qual o papel da Constituição em um contexto de ampliação dos poderes jurisdicionais? Qual o sentido de Constituição? São a estes questionamentos que respondem a elaboração de uma teoria das fontes no Direito. Ou seja, afirmar que o constitucionalismo inaugurado pelo segundo pós-guerra demanda a existência de uma nova teorias das fontes implica abrir espaço para rediscutir e, por consequência, reassentar os pressupostos constitucionais do Direito.

Com Gilberto Bercovici é possível perceber que a história da Constituição é a de estabelecimentos de limites ao poder.<sup>248</sup> Primeiro, quando do seu surgimento durante o liberalismo, este documento aparece como modo de restringir o poder do monarca, mas também da soberania popular, de forma que o texto constitucional revela-se nem como *do povo*, tampouco *do rei*, mas como *do Estado (para o Estado)*. Já na metade do século XIX, a Constituição assume um papel de definidora dos órgãos estatais e de suas competências, legitimando o poder e delimitando a esfera de liberdade individual, o que, a partir dos posicionamentos teóricos surgidos na época (especialmente o de Jellinek), ensejou uma separação entre Direito e Política, isto é, havia sido criado “[...] um sistema universal à margem da história e da realidade”. Foi apenas com a Constituição de Weimar (em 1919) que começou a se projetar outro sentido sobre a Constituição, que passou a ser concebida como “regime político-social do país”, regulando os comportamentos dos agentes estatais, o que se viu fragilizado diante da insurgência dos regimes totalitários.<sup>249</sup>

Foi no período posterior à Segunda Guerra Mundial que se retomou este debate sobre o papel da Constituição e de suas relações com a Política. Era necessário repensar os fundamentos jurídicos e, neste sentido, os textos constitucionais assumiram uma “ideia de totalidade”. Com isso, as Constituições passaram a ser compreendidas como políticas (e não apenas estatais, o que manifesta tanto em sua instauração como em sua efetivação),

<sup>247</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., p. 67.

<sup>248</sup> Aliás, como já referido no primeiro capítulo, é também este o posicionamento de Nicola Matteutti. Ver, para tanto: MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**, op. cit.

<sup>249</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Direito e política**, op. cit., pp. 1-10.

abrangendo toda a sociedade (não só a organização do Estado) e adquirindo um “caráter dinâmico”, que impulsiona as transformações sociais.<sup>250</sup>

É a partir deste contexto que o Constitucionalismo Contemporâneo surge caracterizado por um *constitucionalismo forte*, decorrente da existência de textos constitucionais concebidos numa perspectiva de materialidade, isto é, não apenas compreendidos como *elementos organizacionais* de determinado sistema jurídico, mas, na medida em que passam a incorporar garantias aos cidadãos, entendidos como dotados de um *caráter finalístico*, como documentos voltados para a concretização de direitos à sociedade. Como se pode perceber, portanto, não há dúvidas de que o constitucionalismo moderno avança de um Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito<sup>251</sup>.

Assim, a exigência de uma nova teoria das fontes também está fundada na superação das ideias de independência do Direito ordinário e de blindagem contra a aplicação da Constituição, que passa a ser onipresente, subordinando tanto o Legislativo, quanto o Judiciário e o Executivo. Portanto, há uma ruptura com a concepção meramente legalista do Direito, no sentido de que a lei deixa de ser a única fonte, bem como perde seu caráter plenipotenciário, pois sua validade passa a estar substancialmente atrelada à Constituição. E este é um aspecto muito importante, pois é justamente aqui que o novo constitucionalismo pode ser visto como um enfrentamento do positivismo jurídico de Hans Kelsen.

Isso porque, de acordo com a Teoria Pura de Kelsen, não há diferença entre vigência e validade.<sup>252</sup> Ocorre que não admitir tal distinção significa reduzir a Constituição a um mero instrumento de legitimação formal do poder. Dessa forma, o Constitucionalismo Contemporâneo rompe com essa compreensão procedimentalista das normas constitucionais, e equivale, “[...] como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos, com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos”<sup>253</sup>. Nesse sentido, a sujeição do juiz à lei passa a ser *sujeição à lei que seja válida*, ou seja, que seja materialmente coerente com a Constituição.

---

<sup>250</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>251</sup> FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. pp. 72-73.

<sup>252</sup> Não se pode esquecer que, para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma é outra que lhe seja hierarquicamente superior. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 217.

<sup>253</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo, op. cit., p. 33.

Nesse quadro de transformações, ganha espaço o caráter prospectivo dos textos constitucionais (fator que não permite que o Direito fique à reboque dos fatos sociais)<sup>254</sup>, fazendo com que a Constituição passe a nortear a sociedade para o Estado que se pretende constituir. Isso significa, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, que “existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais [...], estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização”.<sup>255</sup> Para complementar e, assim, concluir, a defesa intransigente da Constituição em um cenário de intensa atividade jurisdicional implica compreender, como afirma Marcelo Cattoni, que:

A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem compreender o exercício de suas funções como substituição do papel do cidadão em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper. A Constituição é nossa, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição.<sup>256</sup>

#### 4.3.2 O papel dos princípios no contexto de uma nova teoria da norma: indicações para uma teoria integrativa do direito

Os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas).<sup>257</sup>

(Lenio Streck)

No desenvolver das diversas construções de sentido para o Direito, é possível afirmar a existência de três principais maneiras através das quais se procurou conferir-lhe certa independência em relação aos demais elementos com os quais tradicionalmente interagia.

<sup>254</sup> “Há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera essa noção de ‘fontes sociais’, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem a reboque dos ‘fatos sociais’ e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade. Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais, como em *terrae brasilis*, onde a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, etc, além de uma gama de preceitos que estabelecem as possibilidades (e determinações) do resgate das promessas incumpridas da modernidade. STRECK, **Verdade e Consenso**, op. cit., p. 467.

<sup>255</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 93.

<sup>256</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**, op. cit., p. 75.

<sup>257</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 317.

Trata-se do que Simone Goyard-Fabre vai denominar de “as três ondas emancipatórias”, consistentes nos movimentos que contribuíram para aclarar a problemática envolvendo a busca por um conteúdo especificamente jurídico ao Direito. Necessariamente nesta ordem, essas “ondas” são: *a*) a dessacralização do Direito; *b*) a separação entre Direito e Moral; e *c*) a neutralidade axiológica do Direito.<sup>258</sup>

Todas as questões que constituem o cerne da segunda “onda”, como diferenciar a obrigação moral da jurídica, pensar o Direito como um sistema de regras com força heterônoma e considerar que a Moral se baseia no egoísmo da consciência individual, culminam no positivismo jurídico e na sua tese de separação entre Direito e Moral.<sup>259</sup> Assim, como enfrentamento desta postura epistemológica, a proposta do Constitucionalismo Contemporâneo, pela via de uma nova teoria da norma, rompe com esta separação. Se, com o surgimento dos diversos neoconstitucionalismo(s) e pós-positivismo(s), o desafio do Direito é preservar sua autonomia em face da existência de seus “predadores externos” (dentre os quais a Moral está incluída), a resposta da Crítica Hermenêutica do Direito é demonstrar que a reconciliação entre Direito e Moral ocorre no interior do fenômeno jurídico, numa revisão crítica do papel dos princípios.

Ao longo dos tempos, houve diferentes formas de compreender a questão dos princípios. Como afirma Rafael Tomaz de Oliveira, é possível identificar três significados distintos: *a*) “princípios gerais do direito”, concebidos no âmbito do jusnaturalismo como “figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática *conquistada racionalmente*”; *b*) “princípios jurídico-epistemológicos”, gestados com o fortalecimento do Estado Liberal como “[...] elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada” ou de um projeto maior, como no caso da teoria de Kelsen; e *c*) “princípios pragmáticos ou problemáticos”, que, engendrados a partir da metade do século XX, surgem no contexto de uma mudança radical na intencionalidade do Direito, cujas propostas se voltam a pensar “[...] o sentido do direito e seus vínculos com o comportamento humano direto”.<sup>260</sup>

Assim, foi no âmbito do que se pôde chamar de “princípios pragmáticos ou problemáticos” que se observou que as transformações ocorridas no modo de compreender a relação Direito-Moral foram acompanhadas também por distintas perspectivas incidentes

<sup>258</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. XIX-XXX.

<sup>259</sup> Ibid., p. XXV.

<sup>260</sup> TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**, op. cit., pp. 45-64.

sobre o conceito de princípio. Com o positivismo, predominava a tese de independência entre estes dois âmbitos e, assim, os princípios eram concebidos como meros “adereços”, sem normatividade.<sup>261</sup> A partir das tentativas de ruptura com este modelo, que se deram especialmente pela superação do afastamento destas duas esferas, também surgiram novas concepções acerca do papel dos princípios, que podem ser sintetizadas por um duplo viés.

Por um lado, a leitura moral do Direito passa a ser compreendida sob uma perspectiva de *complementariedade*, tese que tem como principal referência Robert Alexy. Neste sentido, o Direito é concebido como um caso especial do discurso moral, o que significa dizer que somente é necessário recorrer a “valorações adicionais” (isto é, à Moral) quando se estiver diante de um caso difícil, ou seja, quando “lei, dogmática e precedente não determinam a resposta a uma questão jurídica”<sup>262</sup>. Em decorrência disso, os princípios serão vistos como “mandados de otimização”<sup>263</sup>, elementos que o julgador apenas lançará mão em face da insuficiência da regra, que, no sistema alexyano, possui primazia.

A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, ao pretender romper com o positivismo jurídico, e ao mesmo tempo se contrapor ao posicionamento de Robert Alexy, parte da concepção de que Direito e Moral são cooriginários, tese também defendida por Ronald Dworkin<sup>264</sup> e Jürgen Habermas<sup>265</sup>. Sob esta perspectiva, a Moral é instituidora da comunidade política, ou seja, não se trata nem de uma *ferramenta à disposição do julgador* (a exemplo do que propõe Alexy), nem de um moralismo, ligado às opiniões e desejos pessoais. Aceita a tese da cooriginariedade, aos princípios é atribuído um papel estratégico: são através deles que a Moral é institucionalizada no Direito.

Assim, o posicionamento de Streck concebe os princípios em descontinuidade com os conceitos produzidos pela tradição: a eles é atribuído *status* de norma jurídica, passando a compor o texto constitucional. Através disso, há uma abertura à racionalidade prática (que o

<sup>261</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 541.

<sup>262</sup> ALEXY, Robert. **Contitucionalismo discursivo**, op. cit., p. 39. Nessa obra, ver, especialmente no item “Tese do caso especial” (pp. 39-40), Alexy afirma: “[...] a pretensão de correção funda, também, no plano da aplicação do direito, uma união necessária de direito e moral”.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>264</sup> Dworkin afirma que a *leitura moral da constituição* é um modo particular de ler e fazer cumprir uma constituição política. Nas palavras do autor: “The moral reading proposes that we all – judges, lawyers and citizens – interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. [...] The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law.” DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law**, op. cit., p. 2.

<sup>265</sup> Sobre o tema da cooriginariedade entre Direito e Moral, Habermas assim expõe: “A moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistematicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito [...] Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encararmos o sistema do direito como um todo.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 154.

positivismo havia sufocado com sua racionalidade teórica), que decorre da normatividade extraída de uma convivência intersubjetiva emanada da moralidade política. Por isso, os princípios passam a ser vistos como limites à discricionariedade de quaisquer dos Poderes, reforçando a noção de integridade do Direito, preconizada por Dworkin.

Como diz Marcelo Cattoni, a integridade do Direito está vinculada à compreensão de que a sociedade democrática constitui uma *comunidade de princípios*, que não se reduz às decisões tomadas no passado, tampouco a “diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima”<sup>266</sup>. Isso vai refletir diretamente na noção de interpretação construtiva elaborada por Dworkin, entendida como a busca pela melhor justificação das práticas jurídicas, que se dá justamente a partir desta noção de sociedade como comunidade de princípios. Assim, a ideia de integridade do Direito perpassa uma noção de resgate principiológico da história institucional do Direito (de sua moralidade política), o que, para o autor norte-americano, ocorre tal como a perspectiva narrativa/literária<sup>267</sup> (no que ele chama de “metáfora do romance em cadeia – *chain novel*”).<sup>268</sup>

Tudo isso contribui sobremaneira ao enfrentamento do ativismo judicial, que, por estar embasado em um ato não condicionado por pressupostos jurídicos (mas pela vontade do julgador), apresenta-se como um problema, especialmente na atual conjuntura, em que há uma forte tendência de delegar à jurisdição a concretização de direitos. Neste ponto, a devida compreensão do papel dos princípios, como limitadores da decisão judicial, revela-se um importante avanço na defesa do Estado Democrático de Direito, que, por ser qualificado pela

---

<sup>266</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 22.

<sup>267</sup> Sobre as interfaces entre Direito e Literatura, ver, no Brasil, as obras de André Karam Trindade, Roberta Magalhães Gubert e Alfredo Copetti Neto, quais sejam: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; \_\_\_\_\_. **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; \_\_\_\_\_. **Direito & Literatura: discurso, imaginário e normatividade**. 1. ed. Nuria Fabris: Porto Alegre, 2010.

<sup>268</sup> Segundo Marcelo Cattoni, “a metáfora do *romance em cadeia* ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como uma prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a esta história”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Ronald Dworkin, op. cit., p. 21. Este posicionamento de Dworkin pode ser encontrado na obra **Uma questão de princípio**, na qual o autor escreve um capítulo justamente tratando “de que maneira o Direito se assemelha à Literatura”, momento quando enfrenta o problema interpretativo através da metáfora do romance em cadeia: “Suppose that a group of novelists is engaged for a particular project and that they draw lots to determine the order of play. The lowest number writes the opening chapter of a novel, which he or she then sends to the next number, who adds a chapter with the understanding that he is adding a chapter to that novel rather than beginning a new one, and then sends the two chapters to the next number, and so on. Now every novelist but the first has he dual responsibilities of interpreting and creating because each must read all that has gone before in order to establish, in the interpretativist sense, what novel so far created is. [...]” DWORKIN, Ronald. How law is like literature. In: \_\_\_\_\_. **A matter of principle**, op. cit. p. 158.

democracia, exige um comprometimento da atuação de todos os seus Poderes e, por consequência, também uma resistência ao perfil ativista do Judiciário. Neste sentido, desvincular a noção de princípio do elemento discricionário, passando a ser concebida à luz do Direito como integridade, é mais um dos caminhos pelo qual torna-se possível colocar em xeque o protagonismo judicial.

#### **4.3.3 Uma nova teoria da interpretação: a construção de uma teoria da decisão judicial como condição para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas (corretas)**

A busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, o engendrou: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade.<sup>269</sup>

(Lenio Streck)

Para o problema das recepções teóricas equivocadas e de suas mixagens, a solução foi o fortalecimento de uma proposta que considerasse as peculiaridades da realidade jurídica brasileira, o que, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, assumiu como pressuposto a defesa intransigente da Constituição. A resposta aos “predadores do direito” foi a afirmação de sua autonomia, que através do Constitucionalismo Contemporâneo transformou o modo de conceber a articulação entre Direito e Moral, redefinindo o papel dos princípios. Neste contexto, o ativismo judicial, compreendido nos marcos deste trabalho como um ato de vontade do julgador, desafia a teoria do direito a superar o elemento que dá sustento a tal postura: a discricionariedade. Como enfrentar este problema?

Quando começaram a surgir os primeiros posicionamentos diante das transformações constitucionais decorrentes do segundo pós-guerra, a maioria dos autores reconheceu a necessidade de se repensar o modo como compreender a interpretação no Direito. Para um novo constitucionalismo, era necessária uma nova teoria da interpretação. E, assim, o ambiente acadêmico foi tomado por reflexões que preponderantemente visavam a se distanciar da dicotomia existente no âmbito interpretativo: o debate que se direcionava ora para a busca pela vontade do legislador, ora para a vontade da lei.

Evidentemente, as tentativas de ruptura com as tradicionais metodologias de aplicação do Direito (ainda assentadas na subsunção) representaram uma significativa mudança para o

---

<sup>269</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 386.

cenário constitucional brasileiro. Contudo, não era suficiente ao novo constitucionalismo que fossem abandonadas as já conhecidas estratégias interpretativas. Não bastava o surgimento de uma hermenêutica crítica: era preciso que esta nova teoria fosse desenvolvida de modo a responder à indagação feita logo acima – como resolver o problema da discricionariedade?

É neste sentido que a proposta de Lenio Streck apresenta-se diferenciada: não consiste apenas em dar uma nova tônica à interpretação do Direito, mas em perceber que esta superação da discricionariedade somente é possível pela via de uma decisão judicial que esteja alicerçada sob pressupostos democráticos. Por isso, pôr em xeque o caráter discricionário da decisão implica outra pergunta fundamental: *como decidir?* O Constitucionalismo Contemporâneo responde bravamente a este questionamento com a construção de uma *teoria da decisão judicial*, compreendida como condição para se obter respostas constitucionalmente adequadas no Direito.

Elaborada com o fito de enfrentar o protagonismo de juízes e tribunais, a *teoria da decisão judicial* de Lenio Streck constitui uma proposta hermenêutica de *amplo espectro*, mas que se estrutura a partir de *quatro elementos centrais*:

a) Um *novo modo de conceber o ato interpretativo*, possibilitado pelos aportes da Filosofia, compreendida não como uma filosofia ornamental ou de orientação, mas como *standard* de racionalidade<sup>270</sup>. Neste sentido, a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana,<sup>271</sup> possibilitou um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, denunciando a dimensão interpretativa do Direito, seja através da desmistificação dos conceitos jurídicos como enunciados com conteúdos determinados *a priori*, seja a partir da diferença entre texto e norma (que, segundo Streck, é ontológica<sup>272</sup>). A isto são agregados os aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, no interior da qual o momento

<sup>270</sup> Estas terminologias são utilizadas por Ernildo Stein, indicando que há três modos pelos quais ocorre a aproximação entre a Filosofia e as demais esferas do saber (como o Direito): filosofia ornamental, de orientação ou como *standard* de racionalidade. O modo “ornamental” indica um uso “cosmético” da Filosofia, através de citações de conveniência; a filosofia de orientação aponta para um critério de utilidade, no sentido de busca por uma ética ou filosofia moral; e, por fim, a filosofia *standard* de racionalidade consiste em um projeto filosófico, que constitui um novo paradigma, sendo, portanto, a verdadeira filosofia. STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. pp. 135-157.

<sup>271</sup> A ideia de método é compreendida à distinção da noção de certeza e segurança, própria do pensamento moderno. O método hermenêutico-fenomenológico apresenta-se como uma “ferramenta”, precária e provisória, da qual não se consegue ter total apreensão e domínio, estando voltado ao constante questionamento e, por isto, constituindo um modo de filosofar. O método proposto por Heidegger procura superar o velamento da questão do ser (que a metafísica, através de sua filosofia da subjetividade, causou), sendo fundado num modelo binário de velamento e desvelamento. Sobre o tema, ver: STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983. pp. 12-25.

<sup>272</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., pp. 276 e ss.

de interpretação de um texto deixa de ser percebido de modo separado de sua aplicação, mas como um acontecimento unitário, denominado pelo filósofo alemão de *applicatio*.<sup>273</sup> O ato aplicativo do Direito deixa de ser um procedimento de extração (reprodução) do sentido do texto (*Auslegung*) e passa a ser concebido como atribuição de sentido (*Sinngebung*), que ocorre através de um contexto de intersubjetividade, transformação através da qual Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/vontade do legislador).<sup>274</sup>

b) Por sua vez, da teoria do direito de Ronald Dworkin é extraído o segundo elemento estrutural da nova teoria da interpretação que compõe o Constitucionalismo Contemporâneo: *a reponsabilidade política dos juízes*. Segundo Streck, se o advento do Estado Democrático de Direito tensionou a relação entre os Poderes em direção à esfera jurisdicional, também obrigou/responsabilizou os juízes perante à sociedade, especialmente porque O Judiciário passou a decidir questões que envolvem direitos sociais. Assim, incorporando a noção de integridade do Direito<sup>275</sup> presente na obra de Dworkin, que se traduz na ideia de Direito considerado como um todo (que se volta ao tratamento equânime e igualitário na busca da melhor justificativa para as práticas jurídicas)<sup>276</sup>, Streck afirma que os juízes, ao tomarem suas decisões, devem

---

<sup>273</sup> A proposta de Hans-Georg Gadamer veio para superar a divisão do problema hermenêutico em: compreensão (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*) e aplicação (*subtilitas applicandi*). Assim, pretendendo romper com esta cisão, Gadamer afirmou: “La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión. [...] En este sentido nos vemos obligado a dar un pazo más allá de la hermenéutica romántica considerando como un proceso unitario no sólo el de comprensión y interpretación, sino también el de la aplicación. [...] la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial y integral como la comprensión y la interpretación”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007. pp. 378-379.

<sup>274</sup> Embora este tema perpassasse todas as obras de Lenio Streck, porque, como referido, constitui *elemento estruturante* de sua teoria, pode-se encontrar o aprofundamento desta abordagem nos seguintes textos: **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., capítulo dez, pp. 231-298; **Verdade e Consenso**, op. cit., especialmente os itens três e quatro do posfácio, pp. 468-516.

<sup>275</sup> Stephen Guest, autor que elaborou uma obra para tratar especificamente da teoria de Dworkin, faz uma abordagem esclarecedora sobre o sentido de integridade na obra do autor norte-americano: “[...] Dworkin pretende que sua ideia de integridade seja algo além e acima da consistência, da ideia de tratar casos similares de maneira similar ou, como ele diz, da mera ‘elegância’. A integridade, por outro lado, considera fundamentalmente a maneira como as pessoas devem ser tratadas e considera que os direitos dão origem e limitam as decisões a respeito do futuro da comunidade”. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**, op. cit., p. 79.

<sup>276</sup> Sobre a integridade do direito, Ronald Dworkin afirma que uma decisão tomada baseada na integridade do direito considera princípios de justiça, enquanimidade e devido processo, sendo a melhor interpretação à luz da prática da comunidade: “According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive

sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade;

c) Esta responsabilidade política dos juízes se desdobra, também, em um *dever de fundamentação*, que advém, de forma secundária<sup>277</sup>, da própria dogmática constitucional brasileira (art. 93, IX, da Constituição), conformando, assim, o terceiro elemento da teoria de Streck. Este dever de fundamentar se desdobra na diferença entre decisão e escolha: “a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)<sup>278</sup>;

d) Por fim, esta exigência de fundamentação não se dá em quaisquer termos, mas a partir do que Lenio Streck passou a chamar de *respostas constitucionalmente adequadas* (quarto e último elemento que dá estrutura à sua teoria da decisão). Com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade judicial é radicalmente superada, representando uma ruptura com posturas solipsistas, que fragilizam a força normativa do texto constitucional. Ganha espaço, portanto, o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito (seu DNA, diria Streck). Com a tese da resposta correta (que não é nem a única, nem a melhor, mas a resposta adequada ao caso), também

---

interpretation of the community's legal practice. [...] Law as integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates”. DWORKIN, Ronald. **Law's empire**, op. cit., pp. 225-227.

<sup>277</sup> A expressão *de forma secundária* é utilizada no sentido de que o dever de fundamentação da decisão judicial, antes de tudo, decorre da responsabilidade política dos juízes perante uma sociedade democrática.

<sup>278</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 105-106.

inspirada no posicionamento de Dworkin <sup>279</sup> , há a segunda ruptura com a tradição: a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal posicionamento revela-se como âmago do constitucionalismo democrático, sendo indispensável para a legitimidade da jurisdição.

Em resumo, estes são os quatro principais elementos que permitem afirmar que o Constitucionalismo Contemporâneo, a partir de uma nova teoria da interpretação, possibilita uma resposta que enfrente o ativismo judicial e o seu intrínseco problema da discricionariedade judicial. Se, como afirma Marcelo Cattoni, a última tendência da sociedade consiste em transferir o exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal <sup>280</sup> , o Judiciário não pode se desonerar da responsabilidade decorrente do papel que assume perante a sociedade. E, neste sentido, posturas ativistas e de evidente protagonismo judicial representam riscos democráticos.

No atual contexto, como afirma Francisco José Borges Motta ao construir uma tese que, juntamente com Dworkin, convoca a comunidade jurídica a levar o direito a sério, o protagonista não pode mais ser o juiz individualmente considerado, mas, sim, o Direito. <sup>281</sup> Isso somente será possível quando se edificarem posturas teóricas que se disponham a discutir o problema do ativismo judicial (ou da discricionariedade) de frente, com a merecida profundidade teórica. É este o propósito do Constitucionalismo Contemporâneo, na abordagem feita por Lenio Streck.

---

<sup>279</sup> Sobre a tese da resposta correta, Marcelo Cattoni faz uma excelente leitura, ao afirmar que: “A tese da única resposta correta [de Dworkin] é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como *interpretativas e auto-reflexivas, críticas construtivas e fraternas* em face do *direito como integridade*, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Ronald Dworkin, op. cit., p. 21. (grifos do autor)

<sup>280</sup> “A última moda do momento é transferirmos o nosso destino e o nosso exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**, op. cit., p. 74.

<sup>281</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**, op. cit., p. 29.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem realizada por este trabalho revela os dilemas que tomam conta do cenário jurídico brasileiro, preponderantemente marcado pelo *crescimento* da atividade jurisdicional, elevada a um protagonismo que desafia o Direito a repensar seus pressupostos teóricos na tentativa de não permitir o esvaziamento do conteúdo democrático do atual Estado de Direito. Trata-se da realização de um *esforço crítico* que seja primeiro capaz de colocar sob suspeita posturas ativistas, mesmo aquelas consideradas convenientes (ou bem intencionadas). O ativismo judicial precisa ser enfrentado como um problema, cuja superação necessariamente implica a observância dos seguintes apontamentos conclusivos, apresentados na forma de *considerações finais*:

a) No âmbito da doutrina brasileira, há certa dificuldade de, ao menos, fixar-se um *acordo semântico* do que seja o ativismo judicial, de modo que tal postura acaba revelando-se basicamente como uma exagerada interferência do Judiciário na sociedade (protagonismo judicial) ou, então, termina sendo *aleatoriamente* invocada na tomada de decisões, através de *critérios de conveniência*. Por este motivo, muitas vezes resta impossibilitada a apresentação de uma necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política;

b) O modo de compreender a atividade jurisdicional passa por uma importante diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Neste sentido, a primeira revela-se como um fenômeno contingencial e inexorável, ao passo que o último consolida-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação;

c) No que diz respeito à judicialização da política, é possível dizer que ela surgiu a partir de um contexto social, marcado por um conjunto de fatores: *c.1)* pela insurgência do constitucionalismo do segundo pós-guerra (com a inclusão de novos textos constitucionais, com amplos catálogos de direitos, concebidos sob a perspectiva de materialidade); *c.2)* pela noção de “constituição dirigente”, criada por Canotilho, que traz a ideia de irradiação constitucional; *c.3)* pela criação dos

Tribunais Constitucionais (em especial o da Alemanha, que tratou de empenhar-se na constitucionalização do sistema jurídico, contudo, através de uma proposta teórica que, em última análise, dispensaria até mesmo o texto constitucional – a jurisprudência dos valores); c.4) pelo aumento da litigiosidade; c.5) pela compreensão do surgimento da noção de sociedade de massa; c.6) pela crise da democracia e, conseqüentemente, da representatividade política; c.7) e pelo redimensionamento do acesso à justiça, que facilitou a tutela jurisdicional para a concretização de direitos. Com isso, é possível verificar que a judicialização aparece não como fenômeno propriamente jurídico (ou exclusivamente do Direito), mas é decorrente de um contexto marcado por transformações em diversos setores, especialmente na esfera social;

d) Uma postura ativista deriva, por sua vez, de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não condicionados, portanto, a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam a aparência de juridicidade. Esta noção de aplicação do direito mediante um ato de vontade pode ser encontrada na obra de Hans Kelsen (“Teoria Pura do Direito”), assim como a caracterização do ativismo por este enfoque pode ser extraída tanto da obra de Antoine Garapon (que trata a decisão ativista como movida por *desejos*) como do posicionamento do autor norte-americano Christopher Wolfe (para quem, nos momentos mais intensos de interferência da Suprema Corte, abandonou-se o critério de julgamento, e a decisão judicial passou a ser uma questão de vontade). A partir disso, afirma-se dois importantes aspectos: primeiro, que o ativismo judicial aparece como um problema criado exclusivamente pelo âmbito jurídico, isto é, cuja origem, à diferença da judicialização, não está condicionada a acontecimentos externos ao Direito; e, segundo, que, no fundo, o problema do ativismo judicial é de cunho interpretativo, de observar se a intervenção do Judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos;

e) Por sua vez, o constitucionalismo norte-americano é a experiência que mais refletiu sobre a questão da legitimidade do Poder Judiciário. Neste sentido, há diversos contributos que podem ser apreendidos pela doutrina brasileira. Entretanto, necessariamente, antes de qualquer aproximação, não se pode

esquecer as peculiaridades que conformam o sistema jurídico estadunidense, tais como: a pertinência a uma tradição assentada na construção do Direito jurisprudencialmente, a existência de um controle de constitucionalidade que não foi textualmente previsto na Constituição (motivo pelo qual insurgiram-se tantas discussões sobre a legitimidade do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidades) e de um sistema de vinculação decisória (teoria dos precedentes) profundamente preocupado com a análise do caso, com sua fundamentação e com a possibilidade de ser utilizado como fundamento para a decisão de outro;

f) Em razão destas diferenças entre as experiências brasileira e norte-americana, também o ativismo judicial é experimentado de modo distinto nos Estados Unidos: *f.1*) a primeira forma de ativismo foi para criar o controle de constitucionalidade (*judicial review*); *f.2*) o ativismo judicial não está vinculado como maior intervenção da Suprema Corte em questões políticas, no sentido de que mesmo posturas de não intervenção da Corte (como no caso *Lochner*) também podem ser consideradas substancialmente ativistas, porque movidas por interesses econômicos; e, por fim, *f.3*) é possível perceber que o ativismo judicial norte-americano pouco esteve vinculado à uma proposta de defesa da Constituição, na medida em que a Suprema Corte preponderantemente assumiu um compromisso político-partidário, que na maioria das vezes era colocado acima dos fundamentos jurídicos para a decisão;

g) A Constituição brasileira diferencia-se substancialmente da norte-americana por apresentar um denso e vasto conteúdo normativo que o texto constitucional norte-americano não possui, por ser sintético. É por isto que se pode afirmar que, em tese, as discussões sobre a legitimidade da atuação do Judiciário brasileiro poderiam ser *amenizadas* (*amenizadas* pois ainda restaria a dimensão interpretativa do Direito, passível de gerar controvérsias), porque o próprio texto constitucional brasileiro estabelece os limites formais e materiais de intervenção judicial, evitando que seja necessária a existência de estratégias teóricas, tais como a “leitura moral da Constituição” de Dworkin e a “constituição invisível” de Tribe, que, em síntese, são propostas que visam a demonstrar que, mesmo a atuação da Suprema Corte em casos não previstos textualmente pela Constituição,

é considerada legítima em face da constatação de que a Constituição não se encerra em seu texto (em sua “literalidade”);

*h)* A recepção de um ativismo judicial *à brasileira*, portanto, acabou gerando uma série de problemas ao constitucionalismo no Brasil, como: *h.1)* a fragilização de uma teoria do direito voltada para as peculiaridades do contexto jurídico brasileiro (a partir da utilização de uma mixagem de teorias advindas de tradições jurídicas distintas); *h.2)* a perda da autonomia do direito, em face do que Lenio Streck chama de “predadores externos” do Direito, que consistem em decisões judiciais fundamentadas em critérios não jurídicos; *h.3)* e a defesa da discricionariedade, que elimina o compromisso democrático e a responsabilidade judicial na decisão das contendas jurídicas, o que se torna ainda mais preocupante em razão da caracterização de um cenário marcado por um intensa procura pelo Judiciário;

*i)* Como resposta, a *Crítica Hermenêutica do Direito* (CHD) de Lenio Streck apresenta uma compreensão acerca do Constitucionalismo Contemporâneo, que enfrenta os problemas criados pelo ativismo judicial sob três frentes: a partir de uma nova teoria das fontes, na aplicação intransigente da Constituição; da redefinição do papel dos princípios, que, concebidos como normas, passam a limitar a decisão judicial na defesa da integridade do direito (Dworkin), consistindo em uma nova teoria da norma, que também rearticula a relação Direito e Moral; e, por fim, no enfrentamento da discricionariedade judicial, um novo modo de compreender a interpretação jurídica, que tem como pressuposto uma teoria da decisão judicial, apresentando-se, assim, como uma refutação final e direta ao problema do ativismo, a partir da conjugação de uma teoria democrática e dos aportes filosóficos de propostas que transformam radicalmente a maneira de compreender o problema hermenêutico.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 165, pp. 218-230, nov. 2008.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. **Contitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Traduzido por Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez (Orgs.). **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Editorial Dykinson, S. L., 1997.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza et ali (Orgs.). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Ainda faz sentido a constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?** Porto Alegre, vol. 1, n. 6, pp. 149-162. 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: revista de cultura e política**, São Paulo, v. 61, pp. 5-24. 2004. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61](http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61)>. Acesso em 28 jan. 2012.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de Política**. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2000, v.1. pp. 319-329.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da consituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. pp. 9-12.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial – uma perspectiva interdisciplinar. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 259-273.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 264-307.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 21-37.

DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, pp. 25-43, set./dez. 2009.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution: we the people in Court. **Alberta Law Review**, v. XXVIII, n. 2, 1990, pp. 324-346.

\_\_\_\_\_. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **A matter of principle**. New York: Oxford University Press, 2001.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. pp. 656-657.

ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. **La Política**: revista de estudios sobre el estado y la sociedad, Barcelona, n.4, oct 1998. pp. 23-58.

FARIA, José Eduardo. As novas formas e funções do direito: nove tendências. In: \_\_\_\_\_. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 6. pp. 73-112.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. pp. 71-89.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. **Separata do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, Conceito Editorial, pp. 33-51.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Traducción de Manuel Martínez Neira. 4. ed. Madrid: Trotta, 2003.

FISHER, Louis. Introduction. 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.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 2005.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

\_\_\_\_\_. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999 (Coleção Focus).

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence**. The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 251, pp. 139-178, maio/ago. 2009.

\_\_\_\_\_. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, vol. 11, pp. 93-118. 2008. Disponível em: <<http://www.canadianconstitutionfoundation.ca/files/1/Ran%20Hirschl.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

JESTAEDT, Matthias. El positivismo jurídico aplica al Tribunal Constitucional alemán. In: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.). **La ponderación en el derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. pp. 255-320.

KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**, vol. 92, n. 5, pp. 1441-1477. 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In: \_\_\_\_\_; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution: selections from the Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan, 1990. pp. 15-20.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LAWS, John. Judicial review and the meaning of law. In: FORSYTH, Christopher (Ed.). **Judicial review and the Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Tradução de Marcelino de Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel S.A., 1994.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2004.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Editora Trotta, 1988.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto (Org.) et al. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183-202. nov. 2000.

\_\_\_\_\_. **O Direito e a Política**: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Franciso José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza et ali (Orgs.). **Teorias da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Teoria da Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 45-52.

NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e *Verfassungsstaat*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, António Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

\_\_\_\_\_. NEVES, Castanheira António. O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais. **Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, 1983.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2011.

O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa. **Anuário de Justiça**. São Paulo: Conjur Editorial, 2009. pp. 23-25.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Apresentação: direito, democracia e racionalidade procedimental. In: MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. v-xviii.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul/dez. 2003.

PILATTI, Adriano. **Constituinte de 1987-1998**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POSNER, Richard A. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. **The university of Chicago Law Review**, Chicago, v. 59, n. 1, pp. 433-450, winter. 1992.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: \_\_\_\_\_; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 9-47.

ROSA, Alexandre Morais da. A constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (*law and economics*). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?** Porto Alegre, vol. 1, n. 6, pp. 15-34. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 2, pp. 675-706. 2010. Disponível em: < <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82015660020>> Acesso em: 27 jan. 2012.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 3, n. 7, pp. 89-95, abr./jun. 2009.

SILVA, Cecília de Almeida et alli. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

\_\_\_\_\_. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

\_\_\_\_\_. **A questão do método na filosofia**. Estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; LIMA, Martonio M. Barreto. A nova compreensão do STF sobre o controle difuso de constitucionalidade: mutação

constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, pp. 37-58. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 15, n. 1, pp. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. pp. 145-150.

\_\_\_\_\_. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. pp. 199-244.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

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.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado .

TRACHTMAN, Michael G. **The Supreme's greatest hits**: the 37 Supreme Court Cases that most directly affect your life. New York/London: Sterling, 2009.

TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 3<sup>th</sup> Edition. New York: Foundation Press, 2000, v. 1.

\_\_\_\_\_. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. Levels of generality in the definition of rights. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 57, n. 4, pp. 1057-1108, Fall. 1990.

TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política** (Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI), Itajaí, v. 6, n. 3, pp. 1228-1251, 3º quadrimestre. 2011. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> Acesso em 13 jan. 2012.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito & Literatura**: reflexões teóricas. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito & Literatura**: discurso, imaginário e normatividade. 1. ed. Nuria Fabris: Porto Alegre, 2010.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. Democracy versus judicial review. **Dissent Magazine**, spring, 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 25 jan 2012.

\_\_\_\_\_. **The new constitutional order**. Oxford: Princeton University Press, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009

VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), pp. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), pp. 441-464, jul./dez. 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

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

\_\_\_\_\_. **Judicial activism**: bulwark of freedom or precarious security? New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997.