

Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais¹

***Constitutional theory and political activism: Theoric and practical
problems related to social fundamental rights***

***Théorie constitutionnelle et activisme politique: Problèmes
théorique et pratiques liées aux droits sociaux fondamentaux***

***Teoría constitucional y activismo político: Problemas de teoría y
de práctica con derechos fundamentales sociales.***

Carlos Luiz Strapazzon²

Rodrigo Goldschmidt³

-
- 1 Este trabalho é resultado parcial da pesquisa sobre “Objecções a Direitos Fundamentais Sociais” em andamento no âmbito do estágio pós-doutoral de Carlos Luiz Strapazzon no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS. É parte também da pesquisa em desenvolvimento pela linha de pesquisa em direitos fundamentais sociais no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Unoesc-SC, onde os autores atuam como pesquisadores. A realização deste trabalho contou com apoio especial do PPGD | Unoesc. Os autores agradecem as críticas e discussões recebidas durante o WINTER 2013 | UNOESC INTERNATIONAL LEGAL SEMINAR | BRASIL - ESPANHA, realizado em Chapecó, SC, entre 02-07 junho 2013, entre grupos de pesquisa do PPGD | Unoesc e Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), Espanha, em especial os comentários críticos de Mercè Barcelò i Serramalera (UAB); Miguel A. Aparício Perez (Universidade de Barcelona), Fernando D. Garcia (UAB); Clara M. Sardà (UAB); Rogerio Luiz Nery da Silva (Unoesc), Andressa Fracaro Cavalheiro (UFRGS/Unoesc), Robison Tramontina (UNOESC).
 - 2 Pós-doutorando em Direitos Fundamentais, sob orientação do Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil). Doutor em Direito Constitucional (Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil). Professor e pesquisador de Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação em Direito | Mestrado acadêmico | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, Brasil. Prof. de Direito Constitucional (Unoesc, Universidade Positivo, E.D. Dom Bosco, FESP). Editor-Chefe da Espaço Jurídico Journal of Law [EJIL]. E-mail: carlos.strapazzon@unoesc.edu.br
 - 3 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor e pesquisador

Resumo

O objeto principal deste texto é oferecer uma discussão crítica sobre o uso, na teoria do direito, do termo composto ativismo judicial. O ambiente institucional de análise deste trabalho é a democracia constitucional brasileira e seu completo sistema de direitos fundamentais e modelo misto de controle de constitucionalidade. A principal hipótese é que a teoria contemporânea da democracia e dos direitos fundamentais, em ambientes institucionais como o do Brasil, oferece soluções menos obscuras para explicar as novas e polêmicas formas de atuação judicial utilizadas para proteger direitos fundamentais a prestações positivas. Para isso, o artigo analisa os usos do termo ativismo judicial em todos os contextos conhecidos, e fundado na experiência jurisprudencial internacional e brasileira oferece críticas ao seu uso atual. O artigo também salienta, como alternativa menos obscura, a maneira pela qual as funções jurisdicionais atuais exercem um decisivo papel na estruturação da dimensão responsiva da democracia. A tese principal é que o empoderamento judicial atual, bem como as novas competências judiciais protetivas de direitos fundamentais a prestações positivas estão pouco, ou quase nada, relacionadas com ativismo judicial; e muito, ou quase plenamente, relacionadas com as legítimas funções jurisdicionais de controle dos direitos subjetivos gerados pela dimensão responsiva de democracias constitucionais como a do Brasil.

Palavras-chaves: Responsividade democrática. Direitos fundamentais a prestações positivas. Ativismo Judicial.

Abstract:

The main purpose of this text is to provide a critical discussion about the use, in legal theory, of the compound term "judicial activism". The institutional environment of analysis of this work is the Brazilian constitutional democracy, its complete system of fundamental rights and mixed model of constitutionality control.

The principal hypothesis is that the contemporary theory of democracy and the fundamental rights, in institutional settings such as Brazil, offers less obscure solutions to explain the new and controversial forms of judicial performance used to protect the fundamental rights to po-

do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais do PPGD | UNOESC. Juiz do Trabalho-SC. E-mail: rodrigo.goldschmidt@unoesc.edu.br

Este artículo fue recibido el día 18 de junio de 2013 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 17 del 8 de julio de 2013.

sitive actions. For that purpose, the article analyzes the uses of the term “judicial activism” at all familiar contexts, and based on Brazilian and international jurisprudence experience offers critics to its current usage. The document also points out, as a less obscure alternative, the way the current judicial functions play a decisive role in structuring the receptive dimension of democracy. The main thesis is that the judicial empowerment, as well as the new protective legal competences of fundamental rights to positives rights are few, if any, related to judicial activism: and a lot, or nearly fully, related with the legitimate judicial functions of control of subjective rights generated by the receptive dimension of the constitutional democracies like the Brazilian.

Key words: Democratic responsiveness, fundamental rights to positive duties, judicial activism.

Résumé

L'objectif principal de ce texte est de fournir une analyse critique de l'utilisation, dans la théorie juridique, du terme composé « activisme judiciaire ». L'analyse de ce document est basée sur la démocratie constitutionnelle brésilienne, son système de droits fondamentaux et son modèle mixte de contrôle de constitutionnalité. L'hypothèse principale est fondée sur la théorie contemporaine de la démocratie et des droits fondamentaux dans les milieux institutionnels, tels que le Brésil, offre des solutions moins obscure pour expliquer les nouvelles et controversées formes d'action judiciaire utilisées pour protéger les droits et devoirs fondamentaux substantifs. Pour cela, l'article décrit les utilisations du terme « activisme judiciaire » dans tous les contextes connus, et s'appuie sur l'expérience la jurisprudence internationale et brésilienne en faisant des critiques à son usage actuel. L'article souligne aussi, comme une alternativement moins sombre, la manière dont les fonctions judiciaires actuelles exercent un rôle décisif dans la structuration dimension réceptive de la démocratie. La thèse principale se fonde sur est que l'autonomisation judiciaire ainsi que les nouvelles compétences judiciaires de protection des droits fondamentaux au droits substantifs sont peu, voire rien, liées à l'activisme judiciaire, et pour la plupart ces droits sont entièrement liées au contrôle des fonctions judiciaires légitimes des droits subjectifs engendrés par la dimension réceptive des démocraties constitutionnelles comme le Brésil.

Mots-clés: Réactivité démocratique, droits fondamentaux et droits positifs, l'activisme judiciaire.

Resumen

El objeto principal de este texto es ofrecer una discusión crítica sobre el uso, en la teoría del derecho, del término compuesto “activismo judicial”. El ambiente institucional de análisis de este trabajo es la democracia constitucional brasilera y su completo sistema de derechos fundamentales y modelo mixto de control de constitucionalidad. La principal hipótesis es que la teoría contemporánea de la democracia y de los derechos fundamentales, en ambientes institucionales como el de Brasil, ofrece soluciones menos oscuras para explicar las nuevas y polémicas formas de actuación judicial utilizadas para proteger derechos fundamentales a deberes positivos. Para eso, el artículo analiza los usos del término “activismo judicial” en todos los contextos conocidos, y basado en la experiencia jurisprudencial internacional y brasilera ofrece críticas a su uso actual. El artículo también destaca, como alternativa menos oscura, la manera por la cual las funciones jurisdiccionales actuales ejercen un papel decisivo en la estructuración de la dimensión receptiva de la democracia. La tesis principal es que el empoderamiento judicial, así como las nuevas competencias judiciales protectoras de derechos fundamentales a derechos positivos están poco, o casi nada, relacionados con el activismo judicial; y mucho, o casi totalmente, relacionados con las legítimas funciones jurisdiccionales de control de los derechos subjetivos generados por la dimensión receptiva de democracias constitucionales como la brasilera.

Palabras clave: receptividad democrática, derechos fundamentales a deberes positivos, activismo judicial.

Sumario

Introdução. 1. A expansão das funções jurisdicionais. 2. Ativismo judicial. 2.1. A origem: juízes ativistas. 2.2. Tribunais ativistas?. 2.3. Ativismo judicial na literatura jurídica. 2.4. A teoria constitucional brasileira e a aplicação do termo ativismo judicial. Conclusões. Referências

Introdução

Na sabatina ocorrida no Senado dos Estados Unidos, em 12 de julho de 2005, com o então candidato a uma cadeira da Suprema Corte, o *Justice* John Roberts, afirmou que juízes são, na verdade, árbitros. E disse mais. Por serem árbitros, os juízes “*não criam normas. Aplicam-nas. São eles que asseguram que todos vão jogar segundo as regras*” (Toobin, 2009). O episódio lembra um outro *Justice* daquela Corte. Nas cartas que escreveu a Harold Laski, o celebrado Oliver Wendell Holmes defendeu, como ninguém mais, a relação de determinação entre juízes e a aplicação de regras. Disse ele: “*se meus concidadãos desejarem ir ao inferno, eu os ajudarei. Esse é o meu trabalho*” (Holmes e Laski, 1963, p. 248-249). Para Holmes e Roberts é o povo, segundo procedimentos democráticos, quem define o que uma sociedade deve ter para ser uma boa sociedade. Aos juízes cabe aplicar as decisões do povo e dos representantes eleitos (as regras). Não é seu papel divergir dessas escolhas majoritárias feitas pelas instituições democráticas, nem censurar eventuais omissões. O Judiciário, segundo esse modelo de jurisdição, é função subordinada às instituições representativas da democracia. A República, é uma *forma*; as instituições democráticas perfazem a *substância*.

O ideário subjacente⁴ a essas teses conservadoras da função jurisdicional sustenta que a função primária dos Tribunais é fazer a *justiça* para *as partes* de um caso concreto. Inovações na ordem jurídica, por via jurisdicional, em especial as de efeito geral, ameaçam a democracia⁵. O caráter *inovador* e *político* das decisões judiciais, por isso, tem sido tema de grande interesse e crítica, tanto no meio jurídico, quanto político.

Na teoria do direito, em reação às concepções mais tradicionais da função jurisdicional, parte da doutrina constitucional especialmente formada por autores não positivistas, dedicou-se a desenvolver razões para justificar a necessidade da atuação judicial mais *criativa* – inovadora até – como meio de melhor proteger a dignidade, a integridade, a justiça e a força normativa de preceitos constitucionais em face das leis, de atos administrativos, de decisões judiciais e de atos privados (Dworkin, 2007; Hesse, 1991; Barroso, 1995; Canaris, 2003). Outra parte, especialmente formada por autores positivistas ou *quase* positivistas, têm elaborado teses conservadoras e críticas quanto a esse projeto (Ferrajoli, 2007; Ramos, 2010), muito embora tanto a inovação quanto a natureza política da jurisdição hajam sido serenamente reconhecidas como inerentes à função jurisdicional por um dos fundadores do positivismo jurídico⁶.

4 É um ideário positivista, liberal e parlamentarista que também pode ser encontrado no direito brasileiro. Ver, p.ex, Art. 4o. da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010) e no Art. 126 do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

5 Ver, quanto a isso, a crítica de Jeremy Waldron (2006, p. 1.353); ver também Ely, 2010

6 Quando um tribunal é autorizado a criar, para o caso concreto, uma norma de Direito substantivo que considera satisfatória, justa ou imparcial, o tribunal funciona, então, como legislador. (...) [Mas] o juiz é sempre um legislador [pois] o conteúdo da sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de direito substantivo. Por mais detalhada que tente ser a norma geral, a norma individual criada pela decisão judicial irá sempre acrescentar algo novo. (Kelsen, 1990, p.148-149).

O certo é que há teóricos, de um lado, que envidam esforços para justificar a prioridade do direito contra a paralisia decisória; ou, ao contrário, contra abusos do poder. E por outro, há os que visam justificar a prioridade das instituições democráticas em face das jurisdicionais. Mas o interesse pelas circunstâncias que geram tais polêmicas – e que justificam as conexões entre direito, política, moral e justiça – transcendeu os domínios da ciência dogmática do direito. Despertou a teoria política e sociológica (Tate, 1995, pp. 27-38). E tanto a ciência dogmática do direito quanto as ciências políticas avançaram com esse assunto. Aceita-se nas duas áreas, por exemplo, que nas democracias constitucionais atuais, sobretudo nas mais recentes, há novos direitos e novas competências formalmente estabelecidos que, em boa medida, fundamentam a expansão do raio de atuação jurisdicional; também convergem, em termos gerais, quanto ao fato de que essa expansão de competências é mais acentuada onde são mais graves os problemas de legitimidade do regime, sobretudo onde as expectativas de efetivação das liberdades básicas, da equidade social e da dignidade da pessoa humana estão represadas há muito tempo.

Como era de esperar, os esforços analíticos mobilizados para tornar inteligível o novo fenômeno da expansão – e também da justificação das funções judiciais expandidas – e, por conseguinte, do *empoderamento político* dos Tribunais, resultaram em estudos e teses apoiados em *categorias conceituais* (muitas das quais provisórias) *de análise*. Parte das mais influentes *categorias provisórias de análise do empoderamento político dos tribunais* foram elaboradas pelas ciências sociais, especialmente pela sociologia política e pela ciência política. Por outro lado, muitas teses jurídicas bem difundidas a respeito desse tema estão fundamentadas em teorias sociológicas *que utilizaram* termos e conceitos *ainda em desenvolvimento no âmbito das ciências sociais, portanto*, teoricamente incompletos.

Este artigo apresenta uma crítica a algumas dessas teorizações jurídicas. Seu objeto é analisar, e também criticar, o específico emprego da categoria

analítica conhecida como *ativismo judicial*, intensamente adotada para explicar o *judicial empowerment* dos últimos 60 anos. O artigo também oferece uma crítica, a partir de uma análise seletiva da jurisprudência brasileira, da aplicação desse termo no contexto da jurisprudência brasileira.

O trabalho sustenta que *ativismo judicial* é uma categoria de análise inadequada para o desenvolvimento de uma teoria brasileira da jurisdição constitucional; que essa categoria conceitual revela-se especialmente inadequada para explicar certos tipos de decisões judiciais inovadoras e conflitantes com a independência do Poder Legislativo e do Poder Executivo: as que têm como fundamento a proteção dos direitos fundamentais *a prestações sociais fáticas*; em face de *omissões arbitrárias* do Estado. A tese aqui defendida é que Constituição brasileira (CRFB) vigente modificou intensamente a natureza política da atividade judicial. Tais mudanças decorrem de dois rearranjos constitucionais: (1) a inclusão dos direitos constitucionais a prestações sociais na categoria dos direitos fundamentais; (2) a adoção de um novo modelo de relações constitucionais entre os Poderes da República que será denominado de *modelo negativo-e-positivo de checks and balances*.

1. A expansão das funções jurisdicionais

A teoria do direito dispõe, atualmente, de expressiva produção de ciência política dedicada a explicar, segundo seus métodos *empíricos*, a atuação expandida do Poder Judiciário (Robertson, 2010; Hirschl, 2004; Vianna, 1999; Tate, 1995; Nonet, Selznick, 1978). Também conta com imensa produção de teses *normativas*, como as *teorias de autocontenção judicial* (Ely,

2010; Tushnet, 2008) e as teorias da *justiade*⁷ do direito (Alexy, 2003a; Dworkin, 2007)⁸.

Parte dessa produção teórica explica atuação expandida do Poder Judiciário como um produto de *substantivação* do direito (Alexy, 2011; Zagrebelsky, 1992; 2008; Sarlet, 2009. pp. 15-43; Barroso, 2008; Martel, 2005; Strapazzon, 2009); e parte, como resultado de inovações na legislação processual orientada para a absorção de novas formas de litigiosidade e de novos titulares aos aparelhos de Justiça (Cappelletti, 1992; 1993).

Toda essa vasta e influente literatura reconhece, como é fácil notar, a existência (e admite a validade) de práticas judiciais inovadoras que decorrem de três eixos principais: da *substantivação do direito*, do surgimento de novos tipos de *conflitos judiciais* e da *ampliação democratizante do acesso* ao Judiciário. As mais destacadas novas práticas judiciais poderiam ser assim descritas: (1) a utilização de direitos humanos como fundamento da interpretação do direito constitucional; (2) a aplicação direta de dispositivos constitucionais para resolver casos concretos; (3) a proteção judicial diferenciada (mais célere) de bens jurídicos diretamente relacionados

7 Designamos como Teorias normativas da *justiade* todas aquelas teorias de interpretação ou argumentação baseada no valor da justiça. São teorias que formulam argumentos para exigir que as justificações de decisões jurídicas sejam compatíveis com os valores da justiça. *Justiade*, assim, é termo que designa justificar o direito a partir de critérios de justiça. Pontes de Miranda é quem sugere essa solução lexical. "... a essência da positividade ou valor real do direito, a convicção de sua exatidão jurídica, da sua 'justiade', para traduzirmos por termo castiço, precisamente, a palavra alemã *Richtigkeit* (*Richtig = justo; Richtigkeit = justiça*), - é o reconhecimento do princípio nele contido". Ver, Sistema de ciência positiva do Direito, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, pp. 161-162.

8 Segundo John Rawls: "Uma concepção de Justiça tem três características principais (...). A primeira característica diz respeito ao objetivo de uma concepção política. (...). Em particular, ela se aplica ao que chamarei de 'estrutura básica' da sociedade, que, para nossos propósitos atuais, suponho seja uma democracia constitucional moderna" (Rawls, 2000, p. 54; pp. 286-287). O direito constitucional como base de uma teoria *do direito justo* é uma nova concepção de justiça que inspira mudanças na *doutrina democrática da Jurisdição* e também na teoria filosófica da justiça.

com a vida digna das pessoas; (4) a utilização de julgados constitucionais estrangeiros, inclusive por juízes e tribunais inferiores, como fundamento de decisão; (5) rejeição da separação entre princípios gerais de direito (normas morais externas) e regras de direito (normas jurídicas internas); (6) aceitação de uma concepção bipartida de norma jurídica formada por *regras jurídicas* e por *princípios de direito*, ambas conectadas entre si por uma relação de fundamentação e justiça; (7) recusa de que a tutela judicial seja ato de entrega da vontade do legislador ou da vontade da lei; (8) abertura do Poder Judiciário para procedimentos liberais e democráticos de decisão (audiência pública, *amicus curie*, transparência de dados, arbitragem); (9) aceitação de diferenças conceituais entre texto normativo estabelecido nas leis, norma jurídica e direito; (10) reconhecimento de que é função do Poder Judiciário controlar a intervenção excessiva e a proteção insuficiente dos atos jurídicos (públicos ou privados).

Antes de avançar para o tópico seguinte, é preciso apontar duas consequências dessas práticas inovadoras. Ambas são conhecidas. Todavia, foram pouco exploradas pela dogmática jurídica. A primeira é que as novas práticas mudaram o papel do Poder Judiciário no sistema de *checks and balances*. A segunda é que essa expansão de funções no sistema de *checks and balances* acentuou a *natureza republicana* das funções jurisdicionais. Essas duas últimas consequências serão melhor abordadas a seguir.

2. Ativismo judicial

O fenômeno da atuação expandida – ou empoderamento – do Poder Judicial, e das suas decisões inovadoras, vêm sendo analisado (e também criticado) com grande interesse pela teoria sociológica e pela teoria política – pelo menos, desde os anos 40, do século XX. Dentre alguns resultados conhecidos, sobressaem teses de recorte interdisciplinar. Daí porque expressões como

judicialização da política (Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, 1999, p. 53); *democratização da justiça* (Andrighi, 1997, p. 180); *juristocracy* (Hirschl, 2004, p. 13), *courtocracy* (Scheppelle, 2001, pp. 3-6) e até *supremocracia* (Viera, 2008, p. 444) se tornaram tão familiares no jargão cotidiano e na literatura científica. De um modo geral essas críticas compartilham da premissa segundo a qual a *atividade judicial* deve se distinguir, e claramente, dos demais Poderes da República. Deve assumir sua condição de um *poder* não legislativo e não político já que é um poder subordinado às decisões elaboradas pelas instituições democráticas.

Uma importante linha doutrinária interessada nessa abordagem do tema pode ser denominada de *doutrina do ativismo judicial*. Nesse conceito abrangente pode ser enquadrada toda a produção intelectual que elegeu o *ativismo judicial* como objeto de análise. É correto denominar essa produção intelectual assim, pois ela não representa, propriamente, uma *escola teórica*, isto é, uma forma de teorização que haja estabelecido metodologia e um sistema organizado de conceitos operacionais para orientar a comunidade científica na compreensão do empoderamento das funções jurisdicionais. Os doutrinadores *do ativismo judicial* são juristas (Barroso, 2010, p. 94) e cientistas políticos (Tate, 1995, pp. 27-38; Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, 1999, p. 53; Maciel e Koerner, 2002, p. 127) dos mais diversos matizes ideológicos, empenhados em investigar e discutir a intervenção política do Poder Judiciário, sobretudo as decisões *criativas* de direitos e de deveres que afetam competências presumidas dos poderes políticos representativos.

De acordo com levantamentos estatísticos conhecidos, nos anos 90 do século passado o termo *ativismo judicial* apareceu em 3.815 periódicos especializados. Entre 2000 a 2004, apareceu em 1.817 artigos, numa média superior a 450 menções por ano (Kmiec, 2004, p. 1442). Uma busca simples, em 2013, no sistema de informações do *google scholar* para a expressão *judicial activism* vai apontar a existência de, pelo menos, 30.500 resultados. O mesmo procedimento de busca no Portal de Periódicos da

CAPES vai resultar em 11.743 menções ao termo. Uma busca no banco de dissertações e teses, da CAPES, vai indicar que pelo menos 698 trabalhos de pós-graduação utilizaram o termo *ativismo judicial*. O paradoxal é que tamanha disseminação da expressão não foi acompanhada de acordos semânticos no âmbito da teoria do direito.

2.1. A origem: juízes ativistas

As origens da ideia e do termo são distintas. A ideia original de *ativismo judicial* está na literatura jurídica inglesa, do final do século XIX. A decisão judicial de natureza inovadora e que, por assim dizer, afrontava competências do Parlamento, era denominada de *legislação judicial*. A expressão era empregada em tom crítico, com o propósito de descrever decisões judiciais *que se assemelhavam a leis*. Contudo, Sir William Blackstone (1765, p. 69) afirmava que essa era uma característica do *common law*, posto que nesse regime os juízes eram os depositários da *law of the land* (seus oráculos) e, nessa medida, estavam devidamente autorizados a ditar precedentes normativos vinculantes de decisões futuras. John Austin, posteriormente, também reconheceu a existência do fenômeno e igualmente o defendeu, como algo inerente à tradição jurídica da Grã Bretanha⁹. Nos Estados Unidos, por um certo tempo no século XIX e primeira metade do século XX, a decisão judicial de natureza inovadora e que, por assim dizer, afrontava competências do Poder Legislativo era a que garantia *direitos civis fundamentais* contra *abusos* da maioria. Era o conceito de “Tribunais como guardiões do *Bill of Rights*” (Kmiec, 2004, p. 1451). Esse tipo de *criatividade judicial* foi associado ao *Justice Frank Murphy* (integrante da Suprema Corte entre 1940-1949), para quem o *judicial review* seria legítimo sempre que o *Bill of Rights* fosse violado pela legislação. Nessa linha, tornou-se paradigmática, alguns anos

9 Ver, quanto a isso, os *Lectures on jurisprudence* (Austin, 1869, pp. 36, 104, 204)

depois, a decisão do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁰, de 1954, pelo qual a Suprema Corte revisou a extensão do direito constitucional de igualdade e declarou inconstitucional, pela primeira vez, uma lei estadual. A Suprema Corte decidiu que direitos fundamentais, como os da 14ª Emenda, não se aplicavam exclusivamente contra a legislação federal, mas também contra a legislação estadual¹¹.

O termo *ativismo judicial*, porém, foi cunhado nos Estados Unidos, no contexto da grande transição constitucional do governo de Franklin D. Roosevelt (Cover, 1982, p. 1289), período conhecido como *a era do New Deal*. Foi nesse período que a Suprema Corte dos E.U.A. criou uma importante dicotomia em relação ao controle de constitucionalidade. De um lado, o controle de constitucionalidade de leis econômicas – em relação às quais sempre prevaleceu o entendimento de que a última palavra haveria de ser do Poder Legislativo. De outro, o controle de constitucionalidade de direitos fundamentais individuais. Foi nesse momento, em especial na decisão do *Carolene case*¹², que a Corte assentou entendimento de que mesmo o princípio majoritário (i.e, princípio da representação política que legitima as ações do Parlamento) precisa ser coerente com os princípios fundamentais do processo democrático de escolhas públicas. Quer dizer: a Suprema Corte definiu que o Poder Judiciário não poderia aceitar decisões políticas do Congresso Nacional quando fossem tomadas em circunstâncias anti-democráticas, ou seja, em decorrência de manipulação de eleições, fraude a procedimentos ou desvio de objetivos do Estado.

Mas o primeiro uso *público* do termo *ativismo judicial*, apesar de algumas controvérsias, parece ter sido mesmo de autoria de um conhecido

10 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

11 Para ver uma recente revisão sobre o impacto da decisão na evolução jurídica dos Estados Unidos, consultar: (Minow, 2011)

12 Ver *United States Vs. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144, 152-153 (1938)

historiador¹³, biógrafo¹⁴ e analista político¹⁵ norte-americano chamado Arthur Meier Schlesinger Jr. (Green, 2009, p. 1200; Cross and Lindquist, 2006, p. 2, nota 4). O termo foi utilizado por ele num artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*. É importante notar que o trabalho não foi publicado numa revista científica. Tampouco o termo “juizes ativistas” recebeu ali uma depuração conceitual que justificasse, naquela publicação, seu uso como uma categoria efetivamente conceitual. Ao contrário, tratava-se de uma expressão analógica – ao conceito sociológico de *ativismo* – aplicado a um tipo novo de ator social: os *Justices* da Suprema Corte. A analogia era evidente e, no mais, justificada pois o autor escrevia para a Revista *Fortune*, (1947, p. 73) que não é um periódico científico e sim uma publicação de generalidades dedicada a leitores não especializados.

A expressão *ativistas* (os juizes) foi usada por Schlesinger de forma análoga à que a sociologia o utiliza. Na teoria sociológica o vocábulo *ativista* designa um tipo de comportamento, uma postura, diante de uma questão política. Na literatura sobre movimentos sociais, origem do vocábulo, *ativista* é uma postura de lideranças que assumem o encargo de mobilizar e organizar grupos sociais, ou toda a sociedade, por meio de atos públicos (paralizações, manifestações, denúncias) na defesa de uma causa, progressista ou conservadora; de esquerda ou de direita. *Ativista*, portanto, é termo conhecido da literatura das ciências sociais (origem intelectual de Schlesinger) para descrever uma postura de enfrentamento, normalmente atribuída a lideranças operárias, estudantis e de movimentos em defesa de direitos civis¹⁶.

13 Ganhou o prêmio Pulitzer em história, no ano de 1946, pelo trabalho *The Age of Jackson*.

14 Ganhou o prêmio Pulitzer em biografia, no ano de 1966, pelo trabalho *A Thousand Days: John F. Kennedy in the White House*.

15 Ganhou uma medalha de ouro em história e biografia da *American Academy of Arts and Letters*, 1967

16 Para mais detalhes, ver Lenin, 1969, Tomo V, pp. 466-468, 472, 475; Lipset, 1972, p. 27; Avila, 1987, pp. 96-97).

Nesse artigo da *Fortune*, Schlesinger se perguntava sobre as funções do Poder Judiciário numa democracia. Na formulação de sua resposta classificou dois tipos de *atitudes políticas* encontradas por ele no comportamento dos *Justices* da Suprema Corte: de um lado os de postura *ativista*, formado pelo grupo de Black e Douglas, com raízes intelectuais na Universidade de *Yale*. Para estes o direito e a política são inseparáveis. Logo, a racionalidade jurídica seria essencialmente maleável e as *escolhas políticas* seriam inevitáveis também na atividade judicial. O papel dos juízes seria julgar sem cair em casuísmos políticos e garantir, sempre, a promoção do *bem-estar social* como finalidade da atividade jurisdicional.

No outro lado estava o grupo de Frankfurter e Jackson, que defendia posições *originalistas*. Para estes a função judicial deve assegurar a vontade *original* do legislador. Esse seria um grupo de postura conservadora porque preocupados com uma atitude de *autocontenção* (*judicial self-restraint*). Para eles, os fins e propósitos do direito devem ser objeto de decisão pelas instâncias representativas democráticas. Os juízes não devem se comprometer com os fins sociais de bem estar social: sua tarefa é pacificar conflitos individuais com base na legislação disponível e segundo a vontade original dos legisladores.

Esse texto inaugural de Schlesinger permite visualizar (Kmiec, 2004, p. 1449) as grandes dicotomias que começaram a povoar o debate público estadunidense: a) Poder Judiciário juízes Vs. governos democráticos, b) estrita aplicação de precedentes Vs. uso criativo dos precedentes; c) decisões orientadas por consequências Vs decisões orientadas por princípios; d) democracia Vs. direitos fundamentais; e) direito Vs. política.

Após o pioneiro trabalho de Schlesinger, o tema começou a receber atenção acadêmica. Dez anos depois, o professor canadense Edward McWhinney escreveu um dos mais importantes trabalhos teóricos sobre o tema (Mcwhinney, 1958). Seu argumento esclareceu que a dicotomia de *posturas*

judiciais proposta por Schlesinger, basicamente entre adeptos do *ativismo judicial* e simpatizantes da *autocontenção judicial*, era *sem* valor científico. Ambas seriam expressões que indicavam uma aparente distinção de práticas. Na realidade, um juiz poderia assumir uma postura *ativista* em certo tema e outra, *não ativista*, noutro. Por isso, um juiz que fosse definido como *ativista* a partir de sua postura em questões federativas, poderia ser classificado, ao mesmo tempo, como *conservador* se o tema fosse direitos sociais. O aspecto mais criticado no artigo de Schlesinger, portanto, dizia respeito à falta de critérios teóricos seguros para qualificar uma postura judicial como *ativista* ou *conservadora* (Kmiec, 2004, p. 1450). Esse conceito de Schlesinger poderia explicar, no máximo, algumas decisões isoladas, mas não é assim que o termo se emprega na teoria sociológica, onde sua capacidade explicativa é consistente porque se aplica a um fenômeno social regular.

2.2. *Tribunais ativistas?*

Uma decisão do Segundo Circuito de New York (*Thomas Turpin Vs. Joseph Mailet*¹⁷, em 1978) deu um novo rumo a esse debate. Era um caso relativo a agressões policiais contra adolescentes. A omissão municipal em punir os policiais agressores levou a Justiça a reconhecer que o município adotara uma *política oficial de assédio*. O caso conduziu a Corte de Apelações a discutir a aplicação da 14ª. Emenda (...Iguar Proteção das Leis...), agora no âmbito municipal. Havia precedentes quanto a isso¹⁸.

A Corte de Apelação do 2ª. Circuito, seguindo o voto do juiz Irving R. Kaufman, entendeu *que as cidades podiam ser responsabilizadas por danos*

17 *Turpin vs. Mailet*, 579 F.2d 152 (2d Cir. 1978)

18 Em *Monell v. Department of Social Services*, da Suprema Corte, permitira que entidades governamentais locais fossem processadas por violações constitucionais. Ver, 436 EUA 658, 98 S.Ct. 2018, 56 L.Ed.2d 611 (1978).

decorrentes de violações da 14ª Emenda e também afirmou que, ao proceder assim, o Judiciário estava vigorando o processo político ao abrir *um diálogo* com o Congresso Nacional. Os votos de divergência – em aberto repúdio ao teor do Acórdão – afirmavam que juízos de valor são importantes na jurisdição constitucional, sobretudo diante de *casos difíceis* e que, nessas situações, entendimentos distintos quanto a *valores* constitucionais podem ser essenciais para a decisão de questões constitucionais. Salientaram, no entanto, que a naquele caso a Corte não estava considerando as “*consequências sociais e econômicas de sua decisão*”¹⁹. A posição divergente era que, em situações como aquela, em que seria decisivo saber se o município tinha, ou não, uma política oficial quanto à conduta dos policiais, a Corte deveria deixar a decisão ao Poder Legislativo, pois não caberia ao Poder Judiciário qualificar uma atuação de Estado com boa ou má, apenas de *lícita* ou *ilícita*. Apesar da polêmica, essa decisão ajudou a formar jurisprudência relativamente à responsabilidade solidária dos Municípios por danos decorrentes de ações administrativas inconstitucionais de seus funcionários. A culpabilidade governamental passou a ser entendida como presumida (responsabilidade objetiva) sempre que atos administrativos de servidores são autorizados, tolerados ou ratificados por autoridades municipais, ou por órgãos que têm autoridade para tomar decisões políticas locais.

O debate iniciou, como se viu, com as ideias de Schlesinger, que colocavam o *ativismo judicial*, basicamente, em termos de *posturas dos juízes* (ativistas ou conservadoras). Mas a partir do caso *Turpin Vs. Mailet*, o *ativismo* não poderia corresponder à descrição de *Schlesinger*. A decisão do Segundo Circuito de New York era agora *institucional*. Tratava-se de decisão

19 Item 131. Os juízes devem considerar as consequências econômicas e sociais de suas decisões e devem avaliar a sabedoria de seus atos pelos resultados que possam surgir. Há, pensamos, uma probabilidade dolorosa que a decisão de nossos irmãos irá atuar como um catalisador na exacerbação dos atritos sociais, o que, infelizmente, já há muito neste grande país. Se isso acontecer, a decisão não vai beneficiar nem os tribunais nem o País (Trad. CLS) In. *Turpin vs. Mailet*, 579 F.2d 152 (2d Cir. 1978)

colegiada, e isso deslocava o tema do âmbito das *posturas*, ou *atitudes de pessoas* para o âmbito das *visões* de Tribunais. *Ativista* passou a ser o Poder Judiciário no sistema de *checks and balances*.

2.3. *Ativismo judicial na literatura jurídica*

Essa análise introdutória da origem do termo *ativismo judicial* elucida questões importantes. Evidencia que (1) o termo tem sido empregado para analisar correlações entre funções jurisdicionais e funções políticas; que (2) o uso do termo na literatura jurídica iniciou nos Estados Unidos; que (3) sua aplicação, no âmbito do direito, foi uma importação retórica de um conceito já firme no âmbito da teoria dos movimentos sociais, que (4) o uso original proposto por Schlesinger foi contestado pela teoria social norte-americana, (5) que seu uso foi seriamente desviado de seu sentido original atribuído por Schlesinger a partir do momento em que prática dos tribunais começaram a ser identificadas como ativistas.

O que é preciso fazer, agora, é analisar outros significados atribuídos ao termo *ativismo judicial*, sobretudo pela teoria do direito. Nos Estados Unidos, além de significar *atitude política* (e não jurisdicional) conforme Schlesinger (1947); e *decisão judicial contramajoritária*, no sentido que era atribuído ao *Justice* Frank Murphy, como antes visto (Posner, 1999, p. 320; Sunstein, 2005, pp. 42-43) há, pelo menos, outros cinco usos (Kmiec, 2004) correntes desse termo: 1. *controle judicial da interpretação constitucional possível*; 2. *inovação judicial contrária a precedentes*; 3. *decisão judicial com efeitos erga omnes*; 4. *decisão judicial que não segue cânones interpretativos e, por fim*, 5. *decisão judicial que se desvia de objetivos oficiais*. Analisemos, agora, cada uma de *per si*.

O primeiro uso procura relacionar o *ativismo* às decisões judiciais que anulam escolhas (legislativas ou administrativas) *possivelmente*

constitucionais. Isso ocorre quando os juízes anulam decisões discricionárias do Poder Executivo ou do Poder Legislativo diante de interpretações, por estes eleitas, não ser expressamente vedadas pelo texto constitucional. É o caso das decisões válidas legislativas ou executivas, mas não conformes à Constituição.

O segundo uso envolve-se com a noção de *decisão judicial que não observa precedentes jurisprudenciais*. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência norte-americana caracterizam como *ativista* a decisão judicial inferior que contraria um precedente de Corte superior (precedentes superiores). É menos consensual a caracterização do *ativismo judicial* se os precedentes jurisprudenciais são de mesma hierarquia (precedentes horizontais). Nos EUA os precedentes horizontais estão afetos à doutrina do *stare decisis*. Esse instituto, tão vinculado ao sistema de *common law*, autoriza a inovação jurídica em sede jurisdicional. Contudo, há três situações distintas: 1) o *stare decisis* de *common law*; 2) o *stare decisis* de interpretação constitucional; e, 3) o *stare decisis* de interpretação legislativa.

Sabe-se que o *common law* não é mais um direito costumeiro, nem o reflexo das práticas sociais: “É o direito desenvolvido por juízes” (Scalia, 1995, p.4). Precedentes de *common law*, portanto, são criações jurisprudenciais que não têm a favor de si uma presunção absoluta de correção. Isso significa que, no âmbito do *common law*, a interpretação do direito é dinâmica e as inovações judiciais são toleradas. Segundo Eskridge (1994, p. 257), a Suprema Corte dos EUA reconhece a validade dos precedentes firmados em sede de *common law*, desde que não desvirtuem as normas legais e não provoquem consequências políticas anômalas. Assim, decisões judiciais criativas no âmbito do *common law*, desde que observam esses critérios, não são consideradas *ativismo judicial*. De acordo com o mesmo autor, inovações em precedentes de *constitutional law* também são toleradas, pois há um entendimento de que a Constituição não é um texto claro, nem simples. Por isso, admitem-se também inovações judiciais em sede de interpretação

constitucional, sem que isso caracterize *ativismo judicial*. A controvérsia atual nos Estados Unidos em relação aos precedentes judiciais repousa na relação entre jurisprudência e o chamado *statutory law*. Ocorre que, na tradição jurídica liberal anglo-saxônica, prevalece uma doutrina que sustenta que a *legislação* não deve ser interpretada *dinamicamente*. A lição doutrinária mais citada, e que prevalece por lá, é a de que “*na interpretação do direito legislado [statutory law] a intenção do legislador é o critério a ser seguido*” (Sutherland, 2007, § 45.05). Neste âmbito restrito, portanto, há muitas críticas formuladas aos juízes com auxílio do termo *ativismo judicial*. Se a Corte aplica a legislação, presume-se que aplicou a intenção do legislador: a interpretação correta. Em casos de aplicação da legislação, portanto, o *stare decisis* assume uma *fortíssima* presunção de correção. É por isso que, nos casos de uma decisão judicial desviar-se dos precedentes firmados em sede de *statutory interpretation* há um propensão em considerá-la como *ativista*. O motivo: a intervenção do Judiciário na esfera de competências do legislador é uma violação da soberania da representação. O caso extremo, nessa tradição anglo-saxônica, é o da Austrália (Kirby, 2010, p.166).

Contudo, apesar de haver aqui mais aceitação da expressão *ativismo judicial*, o fato de o argumento de base ser o dever de o Judiciário respeitar a “*vontade do legislador*” para, assim, formular “*decisões corretas*”, tornou este um dos temas mais disputados pela teoria do direito norte-americano. Parte importante da doutrina não aceita a presunção de que as decisões judiciais que “*aplicam*” a legislação sejam, só por isso, corretas. Muitos defendem uma concepção de que a *presunção* de correção existe, mas é *relativa*. O dinamismo jurisprudencial não pode se restringir aos casos de *common law* e do *constitutional law*. Ao contrário, deveria alcançar toda e qualquer interpretação do direito (Eskridge Jr., 1994, p. 1503).

A terceira forma de uso do termo *ativismo judicial* nos Estados Unidos segue sendo chamada, de *legislação judicial*. As decisões da Corte de Warren (1953-1969) costumam ser referidas como as mais simbólicas desse modelo

de *ativismo judicial*. São decisões que se destacaram por seus efeitos de norma geral, isto é, por produzirem efeitos *erga omnes*. Um caso que é sempre lembrado na literatura norte-americana para caracterizar a *legislação judicial* é o *Miranda v. Arizona*²⁰. Nesse caso – relacionado a uma confissão sob tortura policial – a Suprema Corte determinou que, daí em diante, em todos os processos criminais, os suspeitos deveriam ser advertidos pela polícia de que todos “têm o direito de permanecer em silêncio”. Dado o modelo americano de controle difuso da constitucionalidade, decisões assim assumem notável semelhança com a atividade legislativa. Razão pela qual há acordos teóricos, nos EUA, de que a essas se pode atribuir, com segurança, o qualificativo de *ativismo judicial* (Kmiec, 2004, p. 1.473).

A quarta forma de uso de *ativismo judicial* nos EUA é representada pelas decisões judiciais que não seguem os cânones da interpretação jurídica. Karl Llewelin (1949-1950, p. 401) afirmava, por exemplo, que “qualquer advogado deve saber disso: os cânones são ferramentas necessárias de argumentação”. A questão posta desse modo sugere que o direito tem cânones fixos e seguros para guiar a interpretação judicial. Mas a doutrina dos Estados Unidos acostumou-se a afirmar até que há casos que dispensam interpretação judicial. Nesses os juízes devem garantir a *mera aplicação das leis*, como sugere a clássica e influente obra de Sutherland (1896).

A quinta forma de uso do *ativismo judicial* (5). A rigor, é muito semelhante à segunda. Designa o *desvio dos objetivos oficiais da lei*. Isso significa que toda vez que o Juiz julga um caso aplicando a lei, mas decide visando fins diversos, estaria incorrendo em *ativismo* (KMIEC, 2004, p. 1.475). Há, por fim, uma última versão de *ativismo judicial* que merece breve discussão. Ela foi difundida por Ronald Dworkin como uma crítica à *discricionariedade judicial* que, na realidade, deve ser resumida numa só palavra: arbitrariedade judicial. Segundo Dworkin, decisões judiciais que

20 Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966)

ignoram o texto constitucional, que desprezam os contextos históricos e as decisões anteriores que protegem uma tradição e uma longa formulação de um ideal de justiça, em nome de afirmar pontos de vista meramente pessoais, essas sim são exemplos de ativismo judicial. “O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (Dworkin, 2007, p. 451-452).

2.4. A teoria constitucional brasileira e a aplicação do termo ativismo judicial

A revisão conceitual anterior sobre o tema confirma, então, a existência de múltiplas aplicações e sentidos para esse termo na literatura norte-americana, onde o mesmo foi cunhado, promovido (Cross and Lindquist, 2006; Kmiec, 2004) e mais amplamente utilizado. No Brasil, por seu turno, é essa última versão de ativismo judicial descrita por Dworkin que parece ser a mais frequentemente utilizada, tanto no âmbito do Poder Legislativo²¹, quanto nos meios acadêmicos especializados e na imprensa. *Ativismo judicial tem um sentido de infração*. Contudo, as decisões judiciais que recusam a aplicação literal do texto constitucional, que recusam a aplicação da suposta vontade do legislador, que não seguem rigorosamente os métodos canônicos de interpretação ou que contradizem interpretações constitucionais do Poder

21 Bom exemplo disso são as razões da PEC 33, de 2.011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles (PT/PI), que propõe alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Legislativo tem sido alvo tanto de críticas²², quanto de menções elogiosas²³, quanto de elogios e críticas²⁴ na doutrina brasileira do direito, num claro sintoma de ausência de acordos teóricos. Por isso as correlações entre *arbitrariedade* e *exercício regular da jurisdição constitucional* precisam ser melhor discutidas. As fronteiras entre *Poder Jurisdicional* e inconstitucionalidade precisam ser melhor identificadas. A partir de agora será feita uma discussão de cada uma dessas versões conhecidas de *ativismo judicial* para testar sua aplicabilidade no contexto brasileiro.

Qualificar uma decisão judicial de *ativista* porque anula os efeitos jurídicos de uma escolha ou decisão *possivelmente constitucional* (primeiro uso) de outros Poderes, em face da inexistência de uma vedação constitucional expressa, é uma possibilidade que conflita com um dos mais elementares fundamentos da jurisdição constitucional brasileira. Também no Brasil, há muito, adota-se a doutrina da *presunção de constitucionalidade* dos atos

22 Segundo o professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da USP, “[P]or ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes” (Ramos, 2010, p. 129)

23 “[O] ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (Barroso, 2009, p. 6)

24 “Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da população bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o judiciário em “esfera pública” de decisão tanto das questões mais fundamentais do Estado e para a sociedade quanto de decisões banais do cotidiano” (Teixeira, 2012, p. 51)

legislativos. O ordenamento jurídico brasileiro tem firme posição quanto a isso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), inteiramente respaldada pelo Poder Constituinte e pelo Congresso Nacional. No Brasil as leis, depois de aprovadas pelo Congresso Nacional, e segundo o *devido processo legislativo*²⁵ gozam de presunção de constitucionalidade. No entanto, é pacífico que essa presunção é *relativa*, não absoluta. O mesmo vale para os atos jurídicos de natureza administrativa. Também esses gozam de uma presunção *iuris tantum* de validade. Isso significa que a validade de qualquer ato concreto, lei ou emenda à Constituição pode ser questionada perante o Poder Judiciário e este, por deter autoridade constitucional para julgar a validade formal e substancial de atos jurídicos, pode determinar a sua não aplicação a um caso concreto, ou em situações específicas, pode declarar-lhe a inconstitucionalidade com efeitos *ultra partes*. Aliás, o Judiciário brasileiro, em certas circunstâncias, está autorizado pelo sistema democrático a declarar até mesmo a inconstitucionalidade da omissão²⁶ do Poder que não editou a norma ou o ato concreto previsto pela Constituição como meio de efetivar um direito constitucionalmente estabelecido.

25 O Supremo Tribunal Federal, na análise dessa específica questão, consagrou orientação jurisprudencial que reconhece a possibilidade do controle incidental de constitucionalidade das proposições legislativas, desde que instaurado por iniciativa de membros do órgão parlamentar perante o qual se acham em curso os projetos de lei ou as propostas de emenda à Constituição. A possibilidade extraordinária dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente (RTJ 139/783) - de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo (mas sempre no âmbito da Casa legislativa a que pertence o congressista impetrante), a certeza de observância da efetiva supremacia da Constituição, respeitados, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos "interna corporis" (RTJ 102/27 - RTJ 112/598 - RTJ 112/1023. Texto extraído do Informativo 479 do STF. MS 26.712 ED-MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/09/2007

26 Ver Art. 103, §§ 1º a 3º da Constituição da República, Lei n. 9.868/99: art. 1º a art. 12 (processo e julgamento) – art. 22 a art. 28 (decisão e efeitos).

Para sanar eventuais dúvidas quanto a isso convém recuperar os fundamentos da doutrina brasileira da jurisdição constitucional, estabelecida já na Carta de 1891²⁷ e evidenciada na clássica decisão do STF, proferida no *Habeas Corpus* 410, em 12 de agosto de 1893. Nesse célebre julgamento do *caso do navio Júpiter*, a Suprema Corte deu os contornos básicos do *judicial review* brasileiro, tal como ele tem sido admitido ao longo de sua história de república e democracia.

O *Habeas Corpus* foi impetrado pelo advogado Rui Barbosa, em favor de Mário Aurélio da Silveira, *imediato* do Vapor Júpiter, civil, preso por ordem do então Presidente da República Floriano Peixoto, com todos os passageiros e tripulantes. O Navio fora detido por militares na Fortaleza da ilha de Cobras, no Estado do Rio de Janeiro. O cliente de Rui Barbosa foi preso por crime militar, com base no Código Penal da Armada (Marinha). Esse Código, na época, era editado pelo próprio Poder Executivo, com clara natureza de regulamento administrativo (Decreto). O cliente de Rui Barbosa fora detido sem nota de culpa, ficando no Navio à disposição da Justiça Militar.

Quando o STF recebeu o pedido de Rui Barbosa, assim fundamentou o Acórdão:

[I]ncumbe aos Tribunais de Justiça **verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar efeitos jurídicos**

27 A Carta de 1891 previa: Art. 59. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. Art. 60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal; Art. 83 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados.

àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país. Que este dever não só **decorre da índole e natureza do Poder Judiciário**, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos ocorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido no art. 60, letra “a”, da Constituição que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição Constitucional.

(...)

[O] artigo 83 da Constituição manda somente vigorar as leis anteriores que forem compatíveis com o novo regimen e, sendo um dos princípios fundamentais da ordem constitucional a separação dos poderes e a privativa competência do Congresso para legislar, a autorização legislativa contida naquele Decreto caducou, *ex-vi* da promulgação da Constituição, faltando assim ao Código de 7 de março toda a base legal (p.2) [não há negritos no original].

O STF advertiu, porém, que sua decisão declaratória de inconstitucionalidade não era invasiva das funções legislativas ou executivas, uma vez que:

[A] não aplicação de um Decreto regulamentar ou ato legislativo a casos ocorrentes, sob o fundamento de inconstitucionalidade não importa a revogação do mesmo ato, a qual formalmente só pode competir ao Poder de quem ele emana (p.2, não há negritos no original).

A orientação doutrinária dessa decisão nunca retrocedeu e foi assimilada, daí por diante, pelo direito brasileiro. É uma decisão exemplar porque favorece uma primeira compreensão das relações entre funções jurisdicionais e sistema de governo no Brasil, desde as origens da República. Nesse *Habeas Corpus*, toda a amplitude da função jurisdicional está posta: verificar a validade das normas que têm de aplicar e, sem revogá-las (porque ato formal do Poder Legislativo) deve negar efeitos jurídicos às que forem incompatíveis com o *ethos* constitucional. Isso indica que no regime republicano brasileiro as leis e o Parlamento nunca foram colocados numa posição de superioridade

política em relação ao Poder Judiciário. As leis brasileiras têm recebido dos sucessivos Poderes Constituintes republicanos (1891, 1934, 1946 e 1988) uma presunção de constitucionalidade, todavia, sempre relativa.

Na ordem jurídica atualmente em vigor não é outra a orientação. A CRFB preceitua que Juízes e Tribunais podem reconhecer a inconstitucionalidade de atos normativos, lei federal, estadual ou de Tratado²⁸. O que difere o modelo vigente daquele de 1891, é que o atual é ainda mais enfático e explícito em atribuir ao Poder Judiciário e a função de *law reviewer*. No sistema presente o Poder Judiciário brasileiro também está autorizado a realizar o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como procedem o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha e as Cortes Constitucionais da Espanha ou Portugal, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Essa presunção relativa de constitucionalidade e a consequente autoridade do Poder Judiciário para confirmar ou infirmar as leis não é algo velado, meramente doutrinário: é oficialmente estabelecido e admitido pelo Poder Constituinte e pelo Poder Legislativo²⁹.

A propósito, vale mencionar o diálogo institucional entre Poder Legislativo e Judiciário ocorrido no julgamento, pelo STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.139, de 14.05.2008, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio. A ADI tinha o

28 Constituição da República, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Art. 125. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

29 A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, aprovada pelo Congresso Nacional, regulamentou detalhes procedimentais da declaração judicial de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e lhe confirmou a eficácia geral, ou seja, *erga omnes* (Art. 28, § único).

propósito de contestar a constitucionalidade de Lei Federal que obrigava os empregados a discutir, previamente, e no âmbito das Comissões Sindicais de Conciliação Prévia, seus direitos trabalhistas. A lei visava aumentar o número de acordos e conciliações entre empregados e empregadores e, por essa via, reduzir o número de ações judiciais trabalhistas. Em sua manifestação formal no processo, o Presidente do Senado alertava o STF para não declarar a inconstitucionalidade da Lei por provimento cautelar (tal como havia sido pedido pela Confederação dos Trabalhadores). Segundo o Senado Federal, quando o Judiciário concede medidas declaratórias de inconstitucionalidade com natureza *cautelar*, acaba por *comprometer o modelo brasileiro de presunção de constitucionalidade das leis*. O STF, por sua vez, reafirmou que, de fato, no Brasil “[a] presunção de constitucionalidade da lei [...] não pode ser afastada do mundo jurídico, senão após sério, profundo e extenso julgamento da Corte constitucional” (ADI 2.139-MC/DF. Rel. Min. Octávio Gallotti, RTJ 213, pp. 192).

Ainda mais um exemplo. No pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n. 235/RO, de 05.05.08, relativa ao processo de concessão de florestas públicas na Floresta Nacional do Jamari, no Estado de Rondônia, discutiu-se a possibilidade de lei autorizar a concessão de floresta pública, com área superior a 2.500 hectares, *sem autorização prévia do Congresso Nacional*. Para suspender a validade da regra, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública, com pedido de Tutela de Urgência. A Justiça Federal do Estado de Rondônia indeferiu o pedido, sob o argumento *legalista* de que esse tipo de licitação estaria respaldado na Lei Federal específica (Lei nº 11.284/2006, Art. 10). Esse é um caso de clara antinomia entre a lei e a Constituição, pois o § 1º. do Art. 188 da CRFB preceitua que “*a (...) concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a 2.500 hectares (...) dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional*”. O Min. Gilmar Mendes, então Presidente do STF, relatou o processo e justificou que, segundo o Regimento Interno do STF (Art. 297) a competência para julgar o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada não é do órgão colegiado

do STF, mas do Presidente da Corte, na condição de juiz singular. Contudo, endossou a tese antes manifesta pelo Presidente do Senado.

[N]ão se põe em discussão que, realmente, a lei goza, no ordenamento jurídico, da presunção de constitucionalidade, assim como o ato administrativo presume-se revestido de legalidade. Também não é admissível que o magistrado afaste tais presunções sem demonstração evidente, acima de qualquer dúvida razoável, de que está patente a violação à Constituição. Por isso, na dúvida, a decisão do juízo singular ou colegiado deve ser pela confirmação da constitucionalidade da norma impugnada (STF. Informativo 505, 5 a 9.05.2008).

É preciso reconhecer, diante disso, que tanto o Senado Federal quanto o STF admitem que a declaração de inconstitucionalidade é ato inerente ao regime democrático e constitucional brasileiro, porém, esse tipo de pronunciamento judicial exige do Poder Judiciário a única coisa que se pode exigir de um Poder político não eleito e que tem a competência para anular escolhas dos representantes eleitos pelo povo: *densa justificação constitucional*. É por causa disso que o STF deve levar as declarações de inconstitucionalidade diretamente ao seu órgão Plenário e reduzir anterior prática de declarar inconstitucionalidades por ato cautelar de juiz singular da Corte. A declaração singular não tem, obviamente, a legitimidade discursiva (ALEXY 2005, 578-579) de que deve se revestir a – *séria, profunda, extensa e acima de qualquer dúvida razoável* – decisão colegiada³⁰.

Em síntese, pode-se afirmar que no Brasil, em relação ao *statutory law*, há uma tradição diferente da existente nos Estados Unidos. Desde o início da República, o sistema constitucional brasileiro confere autoridade ao Poder Judiciário para exercer a revisão da legitimidade constitucional de quaisquer

30 Num voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.615, de 30.08.2006, p. 154, pouco mencionado na doutrina, a ex-Ministra Ellen Gracie Northfleet confirma essa leitura, bem como a mudança de postura da Corte que, desse período em diante, tratou de evitar, ao máximo, declarações de inconstitucionalidade em pronunciamentos judiciais apenas cautelares.

atos normativos. Isso não só por evolução jurisprudencial, mas também pelos diálogos interinstitucionais existentes entre os Poderes, como também por expressa disposição textual das leis votadas pelo Poder Legislativo. Tal característica conduz o sistema brasileiro a uma particular relação entre Jurisdição, Democracia e Constituição: vige, no Brasil, uma relação de *supremacia constitucional* dependente de *densa argumentação constitucional*. A interpretação da Constituição é, portanto, parte do sistema brasileiro de *checks and balances*, pois a *representação argumentativa*³¹ é parte do conceito de democracia constitucional vigente no Brasil.

O segundo uso relevante, na doutrina norte-americana, da expressão *ativismo judicial* qualifica de *ativista* a decisão judicial que não segue um precedente jurisprudencial. Quanto a isso é necessário dizer que no Brasil há uma rica diversidade de *precedentes jurisprudenciais* e de designações para eles. Podem ser: (1) Precedentes judiciais de primeiro grau de jurisdição; (2) Precedentes judiciais de segundo grau de jurisdição; (3) Súmulas de Uniformização de jurisprudência dos Tribunais superiores impeditivas de recurso, (4) Súmulas Vinculantes do STF.

É preciso ter cuidado para não confundir o modelo brasileiro dos precedentes judiciais com o sistema do *stare decisis*, nos Estados Unidos e de, portanto, qualificar como abusiva uma decisão judicial brasileira por

31 Para o bom entendimento dessa ideia de *representação argumentativa*, vale formulá-la, igualmente, nos termos de John Rawls: “Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juizes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da Constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. (...) Aqui, a melhor interpretação é aquela que melhor se articula com o corpo pertinente daquelas matérias constitucionais, e que se justifica nos termos da concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis. Ao fazer isso espera-se que os juizes possam apelar, e apelem de fato, para os valores políticos da concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque expressa ou implicitamente esses valores (...). O papel do tribunal aqui é parte da publicidade da razão, e um aspecto do papel amplo ou educativo da razão pública (Rawls, 2000, pp. 286-287)

causa de critérios que não existem no Brasil. Tomemos, inicialmente, o caso das decisões judiciais que *aplicam Leis (statutory law)*. No Brasil, como nos Estados Unidos, a aplicação de leis a casos concretos pode ser realizada, tanto por juízes singulares de primeiro grau, quanto por Tribunais superiores. O STF, até 2004, sempre reconheceu que os precedentes judiciais de primeiro grau ou dos Tribunais superiores “não têm autoridade de lei e nem ostentam, quanto aos magistrados que não [integram os Tribunais], qualquer eficácia subordinante de seus futuros pronunciamentos jurisdicionais (STF. AI 137.619 AgR, Celso de Mello, 1992). Na história do direito no Brasil, portanto, os precedentes judiciais que *aplicam Leis (statutory law)* não têm a importância diferenciada que, à primeira vista, assumem na tradição jurídica anglo-saxônica. Se nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá ou Austrália, por causa do peso da teoria da *representação democrática* referida ao *statute law* (ELY 2010), os precedentes jurisprudenciais fundamentados em leis se tornaram, à primeira vista (apenas à primeira vista, repita-se), de observação obrigatória para decisões judiciais futuras, no Brasil não é esse o fundamento que exige da Justiça a observação do precedente. No sistema brasileiro é um direito fundamental, e não a representação democrática, que justifica o respeito devido às decisões precedentes: é o direito de igual proteção das leis e dos tribunais (Art. 5o, *caput*; Art. 5o. XXXV da CRFB).

Além das simples decisões precedentes, o direito brasileiro também conhece um outro instituto associado aos precedentes judiciais: são as Súmulas dos Tribunais superiores. E estas cumprem duas funções. A primeira, e mais tradicional, é a de uniformizar a jurisprudência e assegurar o *conhecimento público* da interpretação oficial do Tribunal sobre um dado tema. Portanto, são razões de transparência, de proteção do igual tratamento de situações essencialmente semelhantes e de racionalização do fluxo processual que pesam na criação de uma Súmula de jurisprudência. Mas as Súmulas de jurisprudência dos Tribunais superiores, até o ano de 2004, sempre foram entendidas como um simples “...resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do

país, que visam a rapidificação de causas no Judiciário” (STJ, AgRg-REsp 3.317/BA, 1ª T., Rel. Min. Pedro Acíoli, unânime, Pub. 26.11.1990; RISTJ, Art. 11, Par. único, VII). Sínteses, e não normas³², cuja menção numa decisão judicial apenas dispensam a referência a outros julgados no mesmo sentido (RISTF, Art. 102 § 4º). A segunda função dessas Súmulas dos Tribunais superiores – recentemente atribuída por lei federal³³ – passou a ser a de impedir o seguimento de recursos repetitivos, ou seja, de recursos com teses idênticas ou com fundamento em idêntica questão de direito. *Súmulas impeditivas de recursos* é o nome dado pela doutrina (Marinoni, 2008, 532) ao novo efeito atribuído por lei federal às Súmulas tradicionais, isto é, às que antes só resumiam o entendimento uniforme e dominante da jurisprudência dos Tribunais sobre certo tema. O novo efeito é o de modificar o regime de recursos do primeiro grau para o segundo grau de jurisdição: é, assim, uma mudança nos pressupostos recursais da Apelação. Desde que estabelecida pela Lei nº 11.276, de 2006, o Juiz pode indeferir o seguimento de recurso de Apelação ao Tribunal competente para revisar suas decisões se entender que a *Sentença* foi proferida de acordo com o disposto em Súmula do STF ou do STJ. Todavia, apesar dessa precaução e desse nome “impeditiva de recurso”, o que se passa, na realidade, é uma restrição ao direito fundamental de recorrer; não um “impedimento de recorrer”. Tanto é assim que se o Juiz de primeiro grau indeferir o pedido de recurso ajuizado contra sua Sentença, a parte poderá ajuizar outra medida recursal (o agravo de instrumento) para demonstrar, perante o Tribunal, que a referida Súmula não se aplica ao caso concreto. O Tribunal superior pode reconhecer a pertinência dos argumentos e determinar o prosseguimento da revisão da Sentença de primeiro grau. Apesar dessa nova função atribuída às Súmulas de jurisprudência dos Tribunais superiores, foram motivos de racionalização do fluxo processual que pesaram na decisão do Poder Legislativo, não princípios de representação democrática ou doutrinas de Separação dos Poderes.

32 STF Recl. 10.707 - MC, Rel. Min. Celso de Mello. 20.10.2010.

33 Lei n. 11.672, de 8/5/2008.

A exceção importante a esse modelo tradicional de precedentes judiciais são as *Súmulas Vinculantes*³⁴. Estas diferem das demais porque são enunciados exclusivos do STF. Além disso, devem ser utilizadas pela Suprema Corte para pacificar uma controvérsia *presente*, isto é, *atual*, entre órgãos judiciais ou entre estes e a administração pública, gerador *grave insegurança jurídica* e que cause *relevante multiplicação de processos* sobre questão idêntica. Ou seja, quando decide editar uma *Súmula Vinculante* o STF o faz para enfrentar um problema de insegurança jurídica especialmente grave. A *Súmula Vinculante*, portanto, não deve ser editada apenas para *sintetizar, tão-só resumir e informar* uma posição já dominante na Corte. A Constituição exige que antes de editá-las, haja na Corte *reiteradas* decisões sobre o tema, isto é, ao menos duas³⁵. Mas esse não é o elemento mais importante. Decisivo, mesmo, é a gravidade jurídica da controvérsia e a multiplicação dos litígios. **As *Súmulas Vinculantes* são, portanto, precedentes diferentes dos demais. São editadas com base em algumas decisões anteriores, para conter uma grave ameaça à segurança jurídica e ao regular andamento dos feitos judiciais. Todavia, geram efeitos prospectivos** para todo o aparelho judiciário e para a administração pública. Por isso, pode-se dizer que estes sim são precedentes judiciais com natureza *normativa*.

Nos quatro casos discutidos acima, fica claro que os Tribunais e Juízes brasileiros devem seguir precedentes judiciais. No entanto, por razões bem diferentes. Os simples precedentes – mais tradicionais – devem ser observados por causa do princípio fundamental da igualdade e do direito de todos serem tratados com igualdade pelas leis e tribunais. Mas casos específicos podem

34 Ver Art. 103-A da Constituição da República; Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006; Resolução do STF n. 381, de 29 de outubro de 2008 e Resolução do STF n. 388, de 5 de dezembro de 2008.

35 Num dos casos mais polêmicos, o da Súmula Vinculante n. 11, chamada de “Súmula das Algemas”, a Corte se baseou em quatro Habeas Corpus de 1.978 (HC 56.465), noutro de 1995 (HC 71195), outro de 2007 (HC 89429) e noutro de 2.008 (HC 91.952), e não em apenas uma decisão anterior, como acusa o Deputado autor da PEC 33 Nazareno Fonteles

ser justificados e não segui-los em situações assim não é, no Brasil, nenhum abuso de autoridade jurisdicional. Já as Súmulas impeditivas de recurso, ou seja, as que restringem o direito de recorrer, são as editadas pelos Tribunais superiores, mas se o caso específico reclamar tratamento diferenciado, as particularidades devem ser reconhecidas pela Justiça. Ou seja, não seguir o precedente para garantir a justiça do caso concreto também nesta hipótese não é abuso de autoridade jurisdicional. Por fim, as Súmulas Vinculantes. Essas são especiais porque são *prospectivas*. **É dizer, representam o mandamento da mais alta Corte sobre tema litigioso controverso e de graves repercussões para a segurança da ordem jurídica nacional. Segundo o direito brasileiro, todos os Tribunais e Juízes ficam obrigados a seguir a decisão da Suprema Corte enunciada na Súmula Vinculante – o que, a rigor, é um truísmo. No entanto, cabe Ação de Reclamação** (CRFB, Art. 103-A, § 3o; Mendes, 2006, p. 23) para preservar a competência da Corte se a orientação do Tribunal Supremo for desrespeitada. Juízes que não respeitam decisões assim, específicas da Suprema Corte para solucionar casos controversos, de grave repercussão nacional, motivadores de relevante demanda judicial, não fazem o mesmo tipo de escolha daqueles que divergem de seus próprios precedentes ou de precedentes de seus Tribunais Superiores em situações normais de interpretação judicial do direito. A violação, no caso das Súmulas Vinculantes, é à segurança jurídica, não aos precedentes ordinários. Ainda assim é difícil sustentar que um juiz ou Tribunal deva ser considerado *ativista* por não seguir esse tipo de precedentes da Suprema Corte.

Na realidade, decisões judiciais *erradas* (CRFB Art. 5o. LXXV) não deveriam ser denominadas de *ativistas*. O *erro* pode sim ser denominado de ilícito ou de inconstitucionalidade. Mas não *ativismo*. A decisão judicial que viola o direito ao igual tratamento das leis e dos Tribunais ou que viola uma Súmula Vinculante, em idêntico tema, deve ser considerada, simplesmente, como *inválida* e errada. O termo *ativista*, nesses contextos, em nada aprimora o entendimento do que é o direito, nem do que é o *ativismo*.

O terceiro uso corrente da expressão *ativismo judicial* na doutrina dos Estados Unidos refere-se ao conceito de *legislação judicial*. No Brasil há três modalidades de decisões judiciais correspondentes a esse conceito: (1) a sentença normativa trabalhista, (2) a decisão judicial supletiva de lacuna legislativa, proferida em sede de mandado de injunção e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e (3) a decisão judicial proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Há um tipo de sentença judicial denominada de *sentença normativa* que, apesar de produzir efeitos gerais no âmbito de uma coletividade jurídica, é modalidade de decisão judicial que inova a ordem jurídica. A sentença normativa trabalhista pode ser proferida em caso de as partes coletivas estarem *de comum acordo* quanto à necessidade de intervenção judicial no conflito coletivo³⁶. A sentença normativa que resolve um dissídio coletivo, do mesmo modo como ocorre com o laudo arbitral, não é meramente declaratória de uma situação jurídica já estabelecida, mas constitutiva de direitos e obrigações (Sussekind, 2005, p. 29). Essa modalidade de decisão judicial é, no entanto, amplamente autorizada pela CRFB, Art. 114, § 2º., e pela legislação (CLT Art. 868) e pela Jurisprudência.³⁷

A outra versão de *legislação judicial* tem seu equivalente no Brasil quando o Poder Judiciário, em decisão judicial, integra uma lacuna legislativa. Esse tipo de decisão judicial pode ser três pressupostos forem respeitados: (1) se a omissão legislativa for arbitrária³⁸, (2) se omissão afetar seriamente a eficácia de direitos fundamentais e se (3) o Poder Judiciário for demandado

36 Ver Constituição da República, Art. 114 § 2º.

37 TST. RODC - 2033200-41.2007.5.02.0000, DEJT - 28/06/2010. Dora Maria da Costa, Min., 14.06.2010; Ver tb. SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES (positivo) - (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011)

38 STF. Mandado de Injunção n. 670-9-ES, de 25.10.2007; STF. Mandado de Injunção 1.841-AgR. Rel. Min. Celso de Mello. 14.03.2013

pela via adequada (*Ação de Mandado de Injunção individual ou coletivo*, *cf.* CRFB Art. 5o. LXXI). Se for assim, poderá o Poder Judiciário (STF, Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça Estaduais) suprir a omissão legislativa editando sentença de caráter normativo (*inter partes* ou *erga omnes*, conforme o caso). O que chama a atenção, todavia, é que essa é uma hipótese densamente regulada pela Constituição da República³⁹ e pelas Constituições dos Estados⁴⁰. Trata-se, então, de procedimento amplamente acordado entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Sentenças normativas assim não devem ser caracterizadas como *ativistas*. De modo algum elas estão apartadas do sistema de competências judiciais e de garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

A última versão de decisão judicial assemelhada à *legislação judicial* seria a que é proferida em controle concentrado de constitucionalidade e que tem *efeitos ultra partes*. A CRFB preceitua que os Tribunais de Justiça (Tribunais superiores estaduais) e o STF podem declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, lei federal, estadual ou de Tratado⁴¹. E mais, estabelece que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos⁴², isto é, para as partes implicadas diretamente no processo e também para todas as pessoas

39 Constituição da República, Art. 5º. LXXI; Art. 102, I, q); Art. 102, II, a; Art. 105, I, h; Art. 121, V.

40 Constituição do Estado do Rio de Janeiro, Arts. 10, 17 e 161, IV, g; Constituição do Estado do Rio Grande do Sul: Art. 93, V, c; Art. 95, XII, b; Constituição do Estado da Bahia: Art. 123, I, g; Constituição do Estado do Amazonas: Art. 3o. § 3o.; Art. 72, I, c.

41 Constituição da República, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III, b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Art. 125. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

42 Quando aos efeitos *erga omnes* da ADI e ADC, ver o Art. 102 § 2o da CRFB; ver tb. Lei 9.868/99, Art. 28, § único. Quanto aos efeitos *erga omnes* da ADPF, ver Lei 9.882/99, Art. 10, § 3º.

físicas ou jurídicas afetadas pela decisão⁴³. O Poder Judiciário brasileiro está devidamente autorizado a realizar o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como procedem o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha e as Cortes Constitucionais da Espanha ou Portugal. O controle judicial de constitucionalidade *in abstracto* de leis e de atos normativos se realiza por intermédio das seguintes ações diretas: (1) Ação Direta de Inconstitucionalidade (por atuação ou por omissão) (ADI), (2) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e (3) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A autoridade do Poder Judiciário para confirmar ou infirmar a validade de atos normativos dos demais Poderes, e com efeitos gerais, não é, de modo algum, tema velado ou mera construção jurisprudencial: é questão oficialmente estabelecida e admitida pelo Poder Constituinte e pelo Poder Legislativo. Muito embora tal competência jurisdicional para produzir decisões com efeitos gerais se assemelhe à competência legislativa reservada ao Poder Legislativo para regular direitos e deveres de todos, o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* dessas decisões incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo. Não se estende ao legislador, que pode dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF⁴⁴. É importante entender que essas modalidades de decisão judicial potencializaram a função do Poder Judiciário no sistema de *checks and balances*. Depois delas, a função jurisdicional passou a ser também uma instituição de pacificação de conflitos sindicais coletivos, e meio de proteção da sociedade contra *arbitrariedades normativas e omissivas do sistema de governo*.

43 Este mesmo efeito geral também se encontra nas decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados, veja: “A declaração de inconstitucionalidade de norma estadual em face da Constituição estadual, quando se torna irrecorrível, tem eficácia *erga omnes*, vinculando, por isso, necessariamente o tribunal local de que ela emanou, como corretamente salientou o acórdão recorrido.” (Al 255.353-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-5-2000, Primeira Turma, DJ de 10-8-2000.)

44 STF. Rcl 5.442-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 31-8-07, DJ de 6-9-07.

Tudo isso faz ver que há, no Brasil, um modelo institucionalizado dessa denominada *legislação judicial*, representado por três categorias de decisões judiciais: (1) a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, (2) a *sentença normativa* de direito do trabalho, (2) e a *decisão integradora de lacuna legislativa arbitrária*. É no âmbito desta última que se desenharam críticas que procuram distinguir o sentido técnico entre *decisões evolutivas* (com finalidade explicitamente atualizadora de sentido de um ato normativo), das decisões judiciais *aditivas* (que substituem o legislador por acrescentar conteúdo novo ao direito vigente). Todavia, é preciso ter claro que o sistema de direito constitucional brasileiro admite a pronúncia de *sentenças judiciais aditivas* nos casos em que direitos fundamentais são afetados por omissões arbitrárias e que a solução pode ser encontrado a partir de um juízo de *exceção* ou de *especificação* coerente com o direito vigente. A Suprema Corte brasileira tem dito que no que concerne às *sentenças aditivas*, elas são em geral aceitas pelas Cortes Constitucionais estrangeiras quando proferidas para integrar ou completar um regime previamente adotado pelo legislador, caso em que a adição é, na realidade, uma *especificação* ou uma *exceção* inferida de normas válidas. Também são aceitas quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora *solução constitucionalmente obrigatória*, isto é, quando há um direito subjetivo constitucional à adição, associado à inviabilidade do seu exercício por causa de evidenciada omissão arbitrária do sistema de governo. Nesses dois casos as *sentenças aditivas* são perfeitamente compatíveis com as democracias constitucionais⁴⁵. Para nenhuma dessas três hipóteses, porém, parece ser adequado adotar o termo *ativismo judicial* como categoria analítica eficaz para explicar os contornos jurídico-políticos de tais instituições do sistema judicial do Brasil.

O quarto uso corrente da expressão *ativismo judicial* na doutrina dos Estados Unidos refere-se *aos cânones tradicionais da interpretação jurídica*. Sabe-se que tanto na doutrina, quanto na jurisprudência do Brasil não há acordos teóricos completos quanto ao que sejam *normas*

45 STF. MI 712-PA, Rel. Min. Eros Grau, Informativo n. 485.

*jurídicas*⁴⁶, *princípio*⁴⁷, *regra*, *preceito fundamental*⁴⁸, ou mesmo *direito constitucional*⁴⁹. Sabe-se bem, porém, que a compreensão de um texto depende muito da “*fusão do horizonte de significações e de preconceitos (expectativas) de cada um com o horizonte do texto*” (Outhwaite, 1992, p. 37).

É certo que a doutrina e a jurisprudência do Brasil recepcionaram os *cânones* hermenêuticos para interpretar o direito legal e a Constituição. Porém, não é possível demonstrar que haja, no direito, na jurisprudência ou na doutrina jurídica do Brasil, alguma técnica ou método de interpretação, canônico ou recente, que seja aceito como necessário ou obrigatório para todos os Juízes.

Na jurisprudência, há estabelecido ecletismo metodológico. A análise da jurisprudência do STF, por exemplo, revela que a Corte dá muita importância

46 O Supremo Tribunal Federal criou o conceito de *norma supralegal*, proposto em 2.000, pelo então Ministro Sepúlveda Pertence. Ver HC 79.785-7-RJ, 29.03.2000. Quanto à recepção recente, ver STRAPAZZON (2009). No julgamento da ADPF 153, o mesmo STF reconheceu que algumas leis brasileiras não são nem gerais, nem abstratas, nem prospectivas. É dizer, são válidas, criam direitos adquiridos e São as leis-medida, como é o caso da Lei 6.683/79. “A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. (...) A lei-medida consubstancia um comando concreto revestindo a forma de norma geral, mas traz em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirige; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material; é lei não-norma.” (sic). Rel. Min. Eros Grau, 29.04.2010.

47 Ver as controversas posições da doutrina brasileira compiladas por Virgílio A. Silva (2003, em especial a p. 625, que trata do *sincretismo metodológico* dominante na doutrina brasileira). Ver, igualmente, a lista de “princípios doutrinários” elencada por Lênio Streck (2011)

48 Ver, STF, ADPF 33, 07.12.2005

49 A utilização abundante de jurisprudência de Cortes Constitucionais estrangeiras como fundamento de decisão que interpreta a Constituição do Brasil, somada às dúvidas que ainda existem quanto à natureza constitucional dos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil entre outubro de 1988 até 2004 (ano da entrada em vigor do § 3º. do Art. 5º, da Carta da República) são razões que recomendam o uso da expressão *sistema de direitos constitucionais do Brasil*, em vez de, simplesmente, *direito constitucional do Brasil*.

aos clássicos postulados hermenêuticos de Savigny (1867 p. 194-238; tb. RUCKERT 2006, p. 58), com especial preferência pelo argumento da (1) interpretação *sistemática*⁵⁰, seguida de perto pela (2) *interpretação teleológica*⁵¹. São menos importantes, apesar de também serem muito utilizados, os argumentos da (3) *história legislativa*⁵² e em última posição de importância a (4) *interpretação literal*⁵³. Mais recentemente, ganhou muita evidência o argumento (5) da *interpretação conforme*⁵⁴ com a Constituição, com base no qual a Corte elege uma interpretação oficial da Constituição, dentre várias possíveis formuladas pelos tribunais inferiores. Para definir qual é a *interpretação conforme*, no entanto, a Corte apóia-se intensivamente nos argumentos *sistemáticos* e *teleológicos*. Não é nada desprezível, ainda, a presença do (6) argumento *comparado*⁵⁵, que vem sendo denominado pela

-
- 50 RE 153.771, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 20-11-1996, Plenário, *DJ* de 5-9-1997; RE 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-4-2001, Primeira Turma, *DJ* de 25-5-2001; HC 86.606, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-5-07, Primeira Turma, *DJ* de 3-8-2007.
- 51 ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009; HC 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-8-2005, Primeira Turma, *DJ* de 23-9-2005; HC 102.732, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-3-2010, Plenário, *DJE* de 7-5-2010
- 52 ADPF 153, Voto Min. Celso de Mello, 29.04.2010, pp.20-21; ADI 4917 MC / DF. Rel. Min. Carmem Lucia A. Rocha.. Decisão publicada em 18.03.2013, p.24
- 53 ADC 29; ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16-2-2012, Plenário, *DJE* de 29-6-2012; MS 30.585, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-9-2012, Plenário, *DJE* de 28-11-2012
- 54 Esse fundamento de interpretação está disposto, inclusive, na Lei 9.868, 10.11.1999, Art. 28; Na jurisprudência do STF ver, "Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável *quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna*, e não quando o sentido da norma é unívoco. ADI 1.344-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-12-1995, Plenário *DJ* de 19-4-1996. No mesmo sentido: ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-4-2004, Plenário, *DJ* de 28-5-2004. Vide: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, *DJE* de 28-5-2010; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.
- 55 Este argumento é defendido pelo doutrinador alemão, Peter Häberle, como o *quinto* método canônico da interpretação constitucional referida a direitos fundamentais (Haberle, 2007)

doutrina constitucional como *quinto cânone* (Haberle, 2003, p. 165) da interpretação do direito. Este fundamento de interpretação é frequentemente invocado pelo STF nos casos envolvidos com direitos fundamentais. O STF o adota quando entende que a melhor interpretação é a que acompanha o sentido atribuído por outras Cortes Constitucionais⁵⁶.

Além desses, de influência marcadamente germânica, o STF se apoia, seletivamente, em alguns argumentos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência constitucional dos Estados Unidos. É usual, por exemplo, ver a Corte se apoiar no fundamento (7) da *interpretação razoável*⁵⁷, apesar de não ter desenvolvido ainda nenhuma técnica compreensível de apreciação do que seja, propriamente, a *razoabilidade* de uma medida restritiva ou violadora de direito, aos moldes do *Sherbert test*⁵⁸. Tem sido cada vez mais frequente também o uso do argumento (8) da *autocontenção judicial*⁵⁹ (*self-restraint e ultra vires*), e da (9) *superioridade hierárquica do direito constitucional*⁶⁰. Além

56 AI 529.694, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-2-2005, Segunda Turma, DJ de 11-3-2005; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008; ADI 3.289 e ADI 3.290, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 5-5-2005, Plenário, DJ de 24-2-2006; RE 222.368-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-4-2002, Segunda Turma, DJ de 14-2-2003.

57 RE 523.737-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010; RE 583.834, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 21-9-2011, Plenário, DJE de 14-2-2012, com repercussão geral.)

58 Segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal sempre deve *balancear* o interesse do Estado em restringir um direito fundamental o direito do titular em exercê-los sem embaraços. Por isso, a Corte sempre “deve considerar se algum interesse estatal relevante e estabelecido nas regras da lei [*de alguma unidade política da federação*] justificam a substancial restrição aos direitos [*das dez emendas*]” (trad. nossa); ver Sherbert V. Verner, 374 U.S. 398 (1963), parte III.

59 ADI 4424/DF e ADC 19/DF, Rel.: Min. Marco Aurélio, Voto do Min. Luiz Fux; ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Voto do Min. Celso de Mello

60 Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, Plenário, DJ de 1º-7-2005; MI 1.841-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 6-2-2013, Plenário, DJE de 14-3-2013, AI

desses, a jurisprudência do STF tem especial predileção pelo argumento da interpretação (10) *lógica*⁶¹ do direito.

Já a doutrina brasileira da interpretação constitucional parece recair com frequência nos postulados hermenêuticos de Konrad Hesse (1998, p. 45-47), como anotou criticamente Virgílio Afonso da Silva (2010, 121). Aqui também parece haver uma certa ordem preferida dentre eles, assim: (11) *unidade da Constituição*; (12) *força normativa* da Constituição; (13) *concordância prática*; (14) *conformidade funcional*; (15) *efeito integrador*. Muito embora a doutrina brasileira tenha pouca influência internacional na *formação* de cânones interpretativos, desenvolveu um importante argumento que tem sido amplamente adotado pelos Tribunais brasileiros como guia da interpretação de normas constitucionais. Trata-se do (16) argumento da *eficácia* limitada, (17) *contida* ou (18) *plena* das normas constitucionais (J. A. Silva, 1968). Menos influente, porém ainda assim utilizado eventualmente, é o argumento da (19) *proibição de retrocessos*⁶² em relação aos direitos fundamentais (Sarlet, 2010), cujas referências costumam ser a doutrina portuguesa e os tratados de direitos humanos.

Esta lista de argumentos-guia da interpretação do direito, já bastante extensa, ainda poderia ser maior. Todavia, não é preciso ir mais longe. O

403.828-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-8-2003, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010.

61 RHC 71.400, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 7-6-1994, Primeira Turma, DJ de 30-9-1994; MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-10-2007, Plenário, DJE de 3-10-2008; ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.

62 STA 175-AgR/CE RELATOR: Min. Voto Ministro Celso De Mello. Sta 175 Agr / Ce - Ceará. Ag.Reg. Na Suspensão De Tutela Antecipada. Relator(A): Min. Gilmar Mendes (Presidente). Julgamento: 17/03/2010; ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-4-2003, Plenário, DJ de 16-5-2003; AO 152, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-9-1999, Plenário, DJ de 3-3-2000; RE 351.750, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 25-9-2009

discurso do método de interpretação não é teoricamente completo (Sunstein, 2010, p. 12). E a jurisprudência brasileira não sistematizou um elenco rígido de procedimentos interpretativos, nem quais desses argumentos de interpretação devem ser utilizados em quais circunstâncias. Pode-se dizer, até, que a preferência da jurisprudência brasileira é pela denominada interpretação sistemática e teleológica do direito, porém num sentido *lato*⁶³. Quanto à doutrina, na melhor das hipóteses, deve-se reconhecer que ainda está em construção uma teoria brasileira que ofereça parâmetros adequados quanto ao *modus operandi* da fundamentação judicial adequada.

Isso tudo parece revelar que as decisões judiciais no Brasil não precisam seguir nenhum padrão rígido de fundamentação baseada em cânones teóricos de interpretação. Em vez disso, os juízes brasileiros devem (1) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (CRFB Art. 23, I); (2) manter relações harmônicas e independentes com os demais Poderes; (3) julgar todos os casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos constitucionais (CRFB, Art. 5o. XXXV); proferir decisões públicas e fundamentadas (Art. 97, IX). O modelo brasileiro de jurisdição veda a *arbitrariedade*, mas protege a *discricionariedade*⁶⁴ jurisdicional. Num cenário assim é incoerente atribuir o

63 [0] procedimento hermenêutico do Tribunal inferior – que, ao examinar o quadro normativo positivado pelo Estado, dele extrai a interpretação dos diversos diplomas legais que o compõe para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhe der, obter os elementos necessários à exata composição da lide, não transgride, diretamente, o princípio da legalidade (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 269.579-3-RS, de 26.09.2000).

64 Essa ideia básica da *discricionariedade judicial* para escolher (e até criar) postulados hermenêuticos é, do ponto de vista da segurança dos direitos fundamentais, algo negativo posto que, usualmente, a competência para decidir sem parâmetros interpretativos conhecidos e compreensíveis, ou sem adesão a uma coerente, e *conhecida*, teoria do direito (jusnaturalista, positivista, utilitarista, crítico-marxista, da ética do discurso, da justiça como equidade, comunitarista, dos direitos fundamentais, etc.) gera um pesado ônus argumentativo para as Cortes que, frequentemente, caem em contradições, para dizer o mínimo, embaraçosas. Veja-se, apenas como exemplo, algumas dessas contradições de fundamentação encontradas em decisões do STF:

-
- (1) Precedência da pessoa humana em face de outros bens coletivos: “Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009.); *no mesmo sentido*: “No Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.” (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004. (1.1) Em sentido contrário: precedência de outros bens coletivos [moralidade administrativa] em face da pessoa humana: “A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, [moralidade administrativa] da Constituição Federal. (ADC 29; ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16-2-2012, Plenário, *DJE* de 29-6-2012.);
- (2) Precedência de normas implícitas: “Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’ segundo o qual, quando a CF concede os fins, dá os meios (HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-3-2009, Segunda Turma, *DJE* de 3-4-2009.); (2.1) Em sentido contrário: precedência de normas expressas: “Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total da composição for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração – superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte (MS 22.323, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 28-9-1995, Plenário, *DJ* de 19-4-1996.);
- (3) Precedência de dispositivos constitucionais: “diante da indefinição existente, será inevitável, (...) o princípio de hermenêutica que recomenda a adoção da interpretação que assegure maior eficácia possível à norma constitucional (...) (ADI 3.682, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-2007, Plenário, *DJ* de 6-9-2007.); (3.1) Em sentido contrário: precedência de dispositivos infraconstitucionais: “Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. (RE 273.910-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-4-2004, Segunda Turma, *DJ* de 7-5-2004.);

-
- (4) Precedência da norma especial: “É que é princípio de hermenêutica que a norma especial afasta a norma geral no que diz respeito à questão específica, na linha do velho brocardo: *lex speciali derogat generali*. (MS 25.027, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-5-2005, Plenário, DJ de 1º-7-2005.); (4.1) Em sentido contrário: interpretação construtiva: “O STF – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual...” (RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.);
- (5) Importância das razões do legislador: “(...) o argumento histórico, no processo de interpretação, não se reveste de natureza absoluta nem traduz fator preponderante na definição do sentido e do alcance das cláusulas inscritas no texto da Constituição e das leis. Esse método hermenêutico, contudo, qualifica-se como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinado texto normativo inscrito na Constituição ou nas leis, permitindo o conhecimento das razões que levaram o legislador a acolher ou a rejeitar as propostas submetidas ao exame do Poder Legislativo, (...) daí a importância, para fins de exegese, da análise dos debates parlamentares, cujo conhecimento poderá orientar o julgador no processo de interpretação jurídica, ainda que esse critério hermenêutico não ostente, como já acentuado, valor preponderante nem represente fator que vincule o juiz no desempenho de suas funções. (Voto Min. Celso de Mello. ADPF 153, 29.04.2010, pp.20-21); (5.1) Em sentido contrário: desimportância das razões do legislador: “Por mais nobres e defensáveis sejam os motivos que conduzem os legisladores, não se atém o controle de constitucionalidade a suas razões, mas à compatibilidade do ato legislado com as normas constitucionais.” (Min. Carmem Lucia A. Rocha. ADI 4917 MC / DF. Mudanças das regras de distribuição de royalties. Decisão publicada em 18.03.2013, p.24)
- (6) A vontade do legislador em matéria penal: A interpretação teleológica ao dispositivo supra-mencionado revela que a intenção do legislador foi o de punir aqueles que buscam furtar-se ao cumprimento da pena alternativa.” (HC 95.370, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 31-3-2009, Primeira Turma, DJE de 8-5-2009.); (6.1) Em sentido contrário: interpretação sistemática do direito penal. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.” (HC 86.606, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-5-2007, Primeira Turma, DJ de 3-8-2007.)
- (7) A vontade objetiva das leis. A lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (“mens

legis”) e o que neste buscava instituir o seu autor (“mens legislatoris”), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador. Esse entendimento que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador reflete-se em preciso magistério doutrinário... (STF. AI 401337 / PE – PERNAMBUCO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a).Min. CELSO DE MELLO); (7.1) Em sentido contrário: qualquer lei deve ser interpretada. “É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais” (ADI 605-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-1991, Plenário, DJ de 5-3-1993.);

- (8) Monopólio da última palavra. “A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, DJE de 20-8-2010.). (8.1) Em sentido contrário: sociedade aberta de intérpretes. “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei federal 11.516/2007. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. (...) A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de ‘entidade de classe de âmbito nacional’ previsto no art. 103, IX, da CRFB. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter

adjetivo de *ativista* às decisões judiciais que, apesar de não se fundamentarem em *cânones de interpretação*, não violam os valores supremos do regime democrático constitucional.

Quanto ao quinto sentido aplicado à noção de *ativismo judicial*, relativo ao *desvio das finalidades legais*, é decisivo que se tenha em conta que no Brasil até mesmo os *propósitos* das leis (ou seja, a propósitos eventualmente fixados pelo Legislador) precisam ser conformes com a Constituição. E que, ainda, todos os juízes têm autoridade constitucional para apreciar a constitucionalidade das leis, pois todos são juízes de direito constitucional. Não há juízes ordinários estritamente vinculados à legalidade no sentido, por

Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente." (ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8-3-2012, Plenário, DJE de 27-6-2012.)

- (9) Discrecionalidade judicial ampla I: O direito é uma prudência, no âmbito da qual não se encontram respostas exatas, senão uma multiplicidade de respostas corretas. (...) A Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição... Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivificamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuímos na amplitude dos nossos juízos. (STF. Reclamação 4219-SP. Informativo 458. DJ Nr. 230 do dia 30/11/2007, Min. Eros Grau); (9.1) Discrecionalidade judicial ampla II. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais — por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais — não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 269.579-RS, de 26.09.2000).

exemplo, atribuído por Luigi Ferrajoli⁶⁵. No Brasil, a atividade jurisdicional vincula-se à teleologia do direito constitucional. Nunca estão vinculados, exclusivamente, à *teleologia das leis* no sentido que a tese do *desvio das finalidades legais* parece sugerir. A *teleologia* do direito legislativo deve sempre convergir com o sistema de direitos constitucionais⁶⁶. É essa convergência sempre pode ser apreciada em sede judicial, de modo que também por esse caminho é impróprio denominar de ativista a decisão judicial que, para proteger objetivos constitucionais, infirma de inconstitucionalidade um objetivo legal que viola objetivos constitucionais.

Há, por fim, uma última versão de ativismo judicial que merece muita atenção. Ela foi discutida por Ronald Dworkin e pode ser assim resumida:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN 2007, p. 451-452).

65 Ferrajoli leciona que “diversa [da *discrecionarietà legislativa*] é a *discrecionarietà* judicial. (...) Seu espaço é circunscrito à sujeição à lei, e se limita, por isso, à interpretação das normas aplicadas: as normas constitucionais, pelos juízes constitucionais (...); as legislativas pelos juízes ordinários” (FERRAJOLI, 2007, p. 77, v. II, tradução nossa).

66 Ilustrativo disso é o seguinte julgado: *Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma* (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424-RS, em 17.09.2003).

Essa passagem de Dworkin faz lembrar o conhecido parágrafo 33 do Parecer 2/94, 28 Mar 1996, Colect., p. I-1759, do Tribunal de Justiça da União Europeia, onde se lê:

“Deve-se salientar a seguir, que, segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais para a proteção dos direitos do homem com os quais os Estados-Membro cooperam ou a que aderem (v. Acórdão de 18 Jun 1991, ERT, C-260/89, Colect., p. I-2925, n. 41)”. (Parecer 2/94, 28 Mar 1996, Colect., p. I-1759, n. 33)

Essas duas citações indicam que Juízes praticam *arbitrariedades* se desprezam os estatutos, a vontade das maiorias, os consensos teóricos, as tradições democráticas e republicanas. E no Estado de Direito não como justificar as *arbitrariedades*. Toda forma de *arbitrariedade* é uma violação ao Direito. Todavia, mesmo neste caso é preciso refutar a adoção do termo *ativismo judicial*. *Ativismo* é uma palavra que não designa *arbitrariedade*, em seu sentido próprio elaborado pelas ciências sociais. Atribuir o significado de arbitrariedade ao termo *ativismo* é uma grande perda de qualidade conceitual, e de falta de responsabilidade teórica. É preciso lembrar que o *ativismo político* é prática protegida pelas liberdades cívicas fundamentais. E que tem profunda natureza republicana e democrática. Toda e qualquer associação entre *ativismo* e *arbitrariedade* é, deste ponto de vista, inadequada. Usado assim, o termo não pode explicar nem as liberdades cívicas exercidas por lideranças políticas mobilizadoras, nem as arbitrariedades de autoridades judiciais.

Conclusões

As revisão conceitual anterior, ainda que aproximativa, fornece elementos suficientes para que se possa afirmar, com boas razões, que o termo *ativismo judicial*, do modo como vem sendo usado pela teoria do direito, distanciou-se demasiadamente de seu uso original no âmbito das ciências sociais. Refutar o uso desse termo no âmbito da teoria do direito constitucional e dos direitos fundamentais é uma necessidade teórica, mas não equivale a referendar arbitrariedades judiciais.

Os esforços analíticos mobilizados para tornar inteligível o novo fenômeno da expansão – e também da justificação das funções judiciais expandidas – e, por conseguinte, do *empoderamento político* dos Tribunais, resultaram em estudos e teses apoiados em *categorias conceituais* (muitas das quais provisórias) *de análise*. Este artigo sustentou uma crítica a algumas dessas teorizações jurídicas. Seu objeto foi analisar, e também criticar, o específico emprego da categoria analítica conhecida como *ativismo judicial*, intensamente adotada para explicar esse *judicial empowerment* dos últimos anos. O trabalho procurou demonstrar que há uma influente linha doutrinária interessada nesse tema: a *doutrina do ativismo judicial*. Nesse conceito abrangente o trabalho procurou enquadrar toda a produção intelectual que elegeu o *ativismo judicial* como objeto de análise. Uma importante característica dessa linha de interpretação é a tendência de explicar o ativismo judicial como *atitude individual criativa* ou como *abuso de poder judicial*. Os objetos preferidos desses estudos, portanto, são decisões judiciais classificadas de *ultra petita*, *contra legem* ou com efeitos *erga omnes*.

O artigo sustentou que o termo composto “*ativismo judicial*” é uma categoria de análise inadequada para o desenvolvimento de uma teoria brasileira da jurisdição constitucional e que essa categoria conceitual revela-se especialmente inadequada para explicar certos tipos específicos de decisões judiciais inovadoras e apontadas como conflitantes com a independência

do Poder Legislativo e do Poder Executivo: as que têm como fundamento a proteção dos direitos fundamentais a *prestações normativas ou fáticas* em circunstância de evidente *omissão arbitrária* do sistema de governo. Na teoria sociológica, o vocábulo *ativista* foi melhor desenvolvido, o termo designa um tipo de comportamento, uma postura diante de uma questão política. Na literatura sobre movimentos sociais, origem do vocábulo, *ativista* é uma postura de lideranças que assumem o encargo de mobilizar e organizar grupos sociais, ou toda a sociedade, por meio de atos públicos (paralizações, manifestações, denúncias) na defesa de uma causa, progressista ou conservadora; de esquerda ou de direita. *Ativista*, portanto, é termo conhecido da literatura das ciências sociais e políticas (origem intelectual de Schlesinger) para descrever uma postura de enfrentamento, normalmente atribuída a lideranças operárias, estudantis e de movimentos em defesa de direitos civis

A tese aqui sustentada ganha mais importância, e melhor aplicação, no contexto brasileiro. É que Constituição brasileira (CRFB) vigente desde 1988 modificou intensamente a natureza política da atividade judicial e, portanto, o alcance do *Poder Jurisdicional*. Tais mudanças decorrem de dois rearranjos constitucionais muito discutidos no trabalho: (1) a inclusão de direitos constitucionais a prestações (normativas ou fáticas) na categoria dos direitos fundamentais; (2) a adoção de um novo modelo de relações constitucionais entre os Poderes da República que deve ser denominado de *modelo negativo-e-positivo de checks and balances*. As duas principais consequências dessas inovações foram: (1.1) que muitos direitos constitucionais objetivos a prestações que antes tinha mera eficácia negativa, agora geram *expectativas constitucionais imperativas* de sua concretização; (2.2) que nas relações entre Poderes, o Judiciário não tem mais, apenas, a clássica função de *veto player* dos atos normativos dos demais. Agora tem o dever constitucional de proceder como instituição controladora da *responsividade* das instituições *democráticas*. O aparecimento dessas novas espécies de expectativas – *imperativas* – de direitos explicitaram tanto

a dimensão *responsiva* da representação democrática, quanto o modelo negativo-e-positivo das funções do Poder Judiciário na relação de equilíbrios que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. É por isso que se pode afirmar que, no Brasil, em relação ao *direito legislativo*, há uma tradição diferente da existente nos Estados Unidos. Desde o início da República, não só por evolução jurisprudencial, mas também pelos diálogos interinstitucionais existentes entre os Poderes, como também por expressa disposição textual das leis votadas pelo Poder Legislativo, cabe ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade das leis. Tal característica conduziu o sistema brasileiro a uma particular relação entre Jurisdição, Democracia e Constituição: uma relação de *supremacia constitucional* dependente de *densa argumentação constitucional*. A *interpretação* da Constituição é, portanto, como a entendemos aqui, parte do sistema brasileiro de *checks and balances*, pois a *representação argumentativa* é parte do conceito de democracia constitucional vigente no Brasil.

Na realidade, decisões judiciais *erradas* (CRFB Art. 5o. LXXV) não deveriam ser denominadas de *ativistas*. O *erro* pode sim ser denominado de ilícito ou de inconstitucionalidade. Mas não de *ativismo*. A decisão judicial que viola o direito ao igual tratamento das leis e dos Tribunais ou que viola uma Súmula Vinculante, em idêntico tema, deve ser considerada, simplesmente, como *inválida* e errada. O termo *ativista*, nesses contextos, em nada aprimora o entendimento do que é o direito, nem do que é o *ativismo*.

No que concerne às *sentenças aditivas*, alvo especial do discurso do ativismo judicial, o artigo evidenciou que as Cortes Constitucionais as admitem quando proferidas para integrar ou completar um regime jurídico previamente adotado pelo legislador, caso em que a adição é, na realidade, uma *especificação* ou uma *exceção* inferida de normas válidas e já aprovadas pelo processo legislativo. Também são aceitas quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora *solução constitucionalmente obrigatória*, isto é, quando há um direito subjetivo constitucional à adição, associado à inviabilidade do seu exercício por causa de evidenciada omissão arbitrária do sistema de governo.

Isso tudo parece revelar que as decisões judiciais no Brasil não precisam seguir nenhum padrão rígido de fundamentação baseada em cânones teóricos de interpretação. Em vez disso, os juízes brasileiros devem (1) zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (CRFB Art. 23, I); (2) manter relações harmônicas e independentes com os demais Poderes; (3) julgar todos os casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos constitucionais (CRFB, Art. 5o. XXXV); proferir decisões públicas e fundamentadas (Art. 97, IX). O modelo brasileiro de jurisdição veda a *arbitrariedade*, mas protege a *discricionariedade* jurisdicional exercida com *responsabilidade argumentativa*.

É preciso lembrar que o *ativismo político* é prática protegida pelas liberdades cívicas fundamentais. E que tem profunda natureza republicana e democrática. Toda e qualquer associação entre *ativismo* e *arbitrariedade* é, deste ponto de vista, inadequada. Usado assim, o termo não pode explicar nem as liberdades cívicas exercidas por lideranças políticas mobilizadoras, nem as arbitrariedades de autoridades judiciais. Ativismo é uma palavra que não designa *arbitrariedade*, em seu sentido próprio elaborado pelas ciências sociais. A teoria do direito deveria respeitar essa delimitação de significado. Atribuir o significado de conduta arbitrária ao termo *ativismo* é uma grande perda de qualidade conceitual, e de falta de responsabilidade teórica. Essa versão, por assim dizer, *republicana* da jurisdição constitucional, merece uma análise apartada e mais detida da comunidade científica.

Referências

- Austin, J. (1869). *On Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. 3th. Edição: Robert Campbell. Vol. I. London: John Murray.
- Avila, R. A. (1987). Ativismo (Activismo). In: *Dicionário de Ciências Sociais*, edição: Benedicto Silva, pp.96-97. Rio de Janeiro: FGV.

- Aguilar, L. (1983). Dogmatica y teoria juridica de los derechos fundamentales en la interpretacion de estos por el tribunal constitucional espanol. *Revista de Derecho Politico*, n. 18-19, 1983, p. 17-30.
- Alexy, R. (2005). Balancing, constitutional review and representation. *International Constitutional Journal of Law* (OUP) (4), pp. 572-581.
- . (2003a). Justicia como corrección. *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 161-173.
- . (2003b). Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, 16 (2).
- . (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- . (2011). The dual nature of law. *Law of Ukraine*, (1), pp. 39-50, Disponível em: <http://pravoua.com.ua>.
- Allan, T.R.S. (2003). Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review. *Oxford Journal Legal Studies*, pp. 563-584.
- Andrighi, F. N. (1997). A democratização da justiça. *Revista de Processo* 22, pp. 179-184.
- Barroso, L. R. (1995). A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, (48), pp. 60-98.
- . (2004a). O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In D. Rubio, J. Flores y S. de Carvalho, *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- . (2004b). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 28, (60), pp. 27-66.
- . (2009). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas. Revista eletrônica do Conselho Federal da OAB*, 4.
- Blackstone, W. (1765). *Commentaries on the law of the England*. Vol. 1. Oxford: Clarendon Press.
- Cadarmatori, S. (2008). Controle da administração e legitimação judicial garantista. In F. J. R. O. Neto, J. N. M. Coutinho, O. Mezzaroba e P. T. Brandão *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*, 337-357. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora.
- Canaris, C. W. (2009). *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução: Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina.
- . (2003). *Direitos fundamentais e direitos privados*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina.
- Canotilho, J. J. G. (2010). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- Cappelletti, M. (1992). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris.
- Carbonell, M. (Ed). (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta S.A..
- . (Ed). (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4a. Madrid: Trotta.
- Courtis, C. (2007, 25 a 27 de abril). Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. In *Seminario Internacional Caudados y Derechos: protección de programas sociales y construcción de ciudadanía*. Ciudad de Mexico: PNUD.
- Cover, R. M. (1982). The origins of judicial activism in the protection of minorities. *Faculty Scholarship Series. Paper 2704*. (Yale Law School). Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2704.

- Corwin, E. S. (1928). The "Higher Law" - Background of American Constitutional Law. *Harvard Law Review* 42, pp. 149-170.
- Cross, F.; Lindquist S. (2006). The scientific study of judicial activism (Paper No. 06-23). *Vanderbilt Law and Economics Research*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=939768>.
- Ely, J. H. (2010). *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes.
- Eskridge Jr., W. (1994). *Dynamic statutory interpretation*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2007a). *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.
- . (2007b). *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo e revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes.
- Dahl, R. (1997). *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EdUSP.
- Dimoulis, D.; Lunardi, S. G. (2011). Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In A. L. Fellet, D. G. Paula e M. Novelino, *As novas faces do ativismo judicial*, pp. 459-473. Salvador: Juspodium.
- Dobrowolsky, S. (2010). A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. *Sequência* 31, pp. 92-101.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. 2 vols. Roma: Laterza.
- Fiss, O. M. (1979). The forms of justice. *Harvard Law Review*, 93 (1).
- Guastini, R. (2001). La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana. In R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, pp. 231-246. Instituto Bartolome de Las Casas.
- Green, C. (2009). An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, pp. 1195-1264.
- Haberle, P. (2003). *El estado constitucional*. Tradução: Hector Fix-Fierro. Vol. 47. Ciudad de Mexico: UNAM.
- . (2007). A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. *Direito Público*, (18), pp. 54-79.
- Hesse, K. (1991). *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- . (1998). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Fabris.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- Holmes, O. W.; Laski, H. (1963). *Holmes-Laski letters: the correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916-1935*. Vol. I. New York: Atheneum.
- Kuhn, T. (1994). *A estrutura das revoluções científicas*. 3a. ed. Tradução: Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva.
- Kelsen, H. (1990). *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Editora Universidade de Brasília.
- Kirby, M. (2010a). *A century of Jumbunna: interpretative principles and international law*. Vol. 31. *Adelaide Law Review*.
- . (2010b). *The constitution as a protector for fundamental rights*. National Archives for Australia.

- Kmiec, K. D. (2004). The origin and current meanings of "judicial activism". *California Law Review* 92, pp. 1441-1477.
- Lenin, V. I. (1969). *Que hacer?* Buenos Aires: Cartago. Tomo V.
- Lipset, S. M. (1972). Juventud y política. *Revista española de la opinión pública* 29, pp. 7-27.
- Llewellyn, K. (1949-1950). Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. *Vanderbilt Law Review* 3, pp. 395-406.
- Navio Jupiter*. HC 410 (Supremo Tribunal Federal, STF 12 de Ago de 1893).
- Nonet, P. e Selznick, P. (1978). *Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Octagon Books.
- Muller, F. (2009). *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução: Vários. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.
- Maciel, D. A., e Koerner, A. (2002). Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua nova*, 57, pp. 113-133.
- Marinoni, L. G. (2010). *Teoria Geral do Processo*. 3a. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ; Arenhart, S. C. (2008). *Processo de conhecimento*. São Paulo, SP: RT.
- Martel, L. C. V. (2005). *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.
- McWhinney, E. (1958). The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making. *New York University Law Review* 33, pp. 775-778.
- Mendes, G. F. (2006). A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. *Direito Público*, 12, pp. 21-47.
- Minow, M. (2011). *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*. Oxford: Oxford University Press.
- Outhwaite, W. (1992). Gadamer, Hans-Georg. In Q. Skinner, *As ciências humanas e os seus grandes pensadores*, tradução: Teresa Curvelo, pp. 35-55. Lisboa: Dom Quixote.
- Oldfather, C., Bockhorst, J. P., e Dimmer, B. P. (2010, 15 de julho). Judicial inaction in action? Toward a measure of judicial responsiveness. *Marquette University Law School Legal Studies - Research Paper Series*, (30).
- Pozzollo, S. (2001). *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Posner, R. (1999). *The federal courts: challenge and reform*. Harvard University Press.
- Sunstein, C. "Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional". Recuperado de <http://seminariogargarella.blogspot.com.br>. Alicia Fernandez. 2010. <http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2010/05/seminario-2010-materiales.html>
- (2005). *Radicals in Robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. Cambridge: Basic Books.
- Sussekind, A. (2005). "As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário." *Revista do TST (TST)*, 71 (2), pp. 17-30.
- Sutherland, J. G. (1896). *Statutes and statutory construction*. Callaghan and company.

- . (2007). *Statutes and Statutory Construction*. Edição: Norman J. Singer . New York: Clark Boardman Callaghan.
- Savigny, F. C. V. (1867). *System of the modern law*. Vol. I. Madras: J. Higginbotham/Asylum Press.
- Sarlet, I. W. (2009). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In I. W. Sarlet, *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional* (15-43). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- . (2010a). *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10a. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- . (2010b). O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, 1-23.
- Scalia, A. (1995, Mar 8-9). “Common-law courts in a civil-law system: the role of United States Federal Courts in interpreting de Constitution and the laws.” Recuperado de www.tannerlectures.utah.edu. www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/scalia97.pdf
- Scheppele, K. L. (2001). Democracy by Judiciary: why courts can sometimes be more democratic than parliaments. *Constitutional Courts*. Washington University, 1-35. Disponível em: <http://law.wustl.edu> .
- Schlesinger, A. M. (1947, Enero). The Supreme Court: 1947. *Fortune*.
- Silva, V. A. da. (2003). Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, (1), pp. 607-630.
- . (2010). Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In V. A. da Silva, *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- Silva, J. A. da. (1968). *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros.
- Strapazzon, C. L. (2011). Expectativas imperativas: categoria-chave para uma doutrina brasileira dos direitos fundamentais de seguridade social. *Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI* (CONPEDI), 8875-8900.
- . *Jurisdição constitucional - função da República: linhagens de uma teoria da interpretação evolutiva dos direitos fundamentais*. Florianópolis, 2011. 302 f. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, inédito.
- Strapazzon, C. L. (2009). Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In Letícia de Campos Velho Martel, *Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Pp. 379-399. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Streck, L. (2002). *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- . (2011). *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. São Paulo: Saraiva.
- Ruckert, J. (2006). *Friedrich Carl Von Savigny, the legal method and the modernity of law*. Edição: Paul Varul. Vol. XI. 1 vols. Tartu: Juridica International.
- Rawls, J. (2000). A ideia de elementos constitucionais essenciais. In J. Rawls, *Liberalismo Político*, tradução: Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo, SP: Atica, 2000.

- Ramos, E. da S. (2010). *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva.
- Robertson, D. (2010). *The judge as political theorist: contemporary constitutional review*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Tate, C N. (1995). Why the expansion of Judicial Power?. In C. N. Tate e T. Vallinder (Eds.), *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press.
- Teubner, G. (1983). Substantive and reflexive elements in modern law. *Law and Society Review*, pp. 239-285.
- Teixeira, A. V. (2012). Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, 8 (1), pp. 1-57.
- Toobin, J. (2009, 25 de mayo). No more Mr. nice guy: the supreme court's stealth hard-liner. *The New Yorker*. Disponível em: http://www.newyorker.com/reporting/2009/05/25/090525fa_fact_toobin?currentPage=1.
- Vianna, L. W. (2011, 18 de mayo). A judicialização da política e a política. *Caderno Opinião. O Estado de São Paulo*.
- ., Carvalho, M. A., Melo, M. P., e Burgos, M. B (1999). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Revan.
- Vieira, O. V. (2008). Supremocracia. *Revista Direito GV*, 2 (4), pp. 441-464.
- Verissimo, M. P. (2006). *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. USP.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, (115), 1346-1406.
- Waluchow, W. (2010). Constitucionalismo. *RDE - Revista de Direito e do Estado. Trad. Carlos Luiz Strapazzon*, 14 pp. 17-18,, 91-114
- Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta.