



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

ANTONIO PATRICK E SILVA BESERRA

**ATIVISMO JUDICIAL: ELEMENTOS CENTRAIS PARA CONCEITUAÇÃO E
ANÁLISE**

**FORTALEZA
2013**

ANTONIO PATRICK E SILVA BESERRA

ATIVISMO JUDICIAL: ELEMENTOS CENTRAIS PARA CONCEITUAÇÃO E
ANÁLISE

Monografia submetida ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- B465a Beserra, Antonio Patrick e Silva.
Ativismo judicial: elementos centrais para conceituação e análise / Antonio Patrick e Silva
Beserra. – 2013.
59 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito Constitucional.
Orientação: Profa.Dra. Raquel Coelho de Freitas.
1. Poder judiciário e questões políticas - Brasil. 2. Poder judiciário - Brasil. 3. Democracia. 4.
Erro judiciário – Brasil. I. Freitas, Raquel Coelho (orient.). II. Universidade Federal do Ceará –
Graduação em Direito. III. Título.

ANTONIO PATRICK E SILVA BESERRA

ATIVISMO JUDICIAL: ELEMENTOS CENTRAIS PARA CONCEITUAÇÃO E
ANÁLISE

Monografia submetida ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Raquel Coelho de Freitas (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque
Universidade Federal do Ceará – UFC

Edvaldo de Aguiar Portela Moita
Universidade Federal do Ceará - UFC

Ao Vinícius, com amor.

AGRADECIMENTOS

“Semper gaudete, sine intermissione orate, in omnibus gratias agite”.

“Regoziji-vos sempre, orai sem cessar, em tudo daí graças” (1Ts, 5:16-18)

Ao fim desta jornada de cinco anos, com um punhado de obstáculos superados e uma estrada a perder de vista pela frente, é hora de elevar a Deus o meu hino de ação de graças por *tudo o que Ele fez em meu favor*. Dou testemunho de seu amor e de sua bondade. Se devo a Ele a própria vida, que recebi como dom, também não posso deixar de agradecer pelas graças com que me cumulou e, de modo especial, por sempre ter posto em meu caminho exemplos autênticos de *cooperadores da verdade*.

Mas agradeço também a todos os que enriqueceram este caminho com sua presença. Nunca serei capaz de expressar o amor e gratidão que tenho pelos meus amados pais, Gelmar e Delzeny, e por meu querido irmão, Marcelo. Com eles aprendi a ser gente e a olhar para a vida com coragem e esperança. O mesmo posso dizer da minha família – da minha grande família – que eu guardo como um de meus mais preciosos tesouros. Aos meus avós, tios e primos e também a minha cunhada, Ludinéia; todo o meu amor. No entanto, eu não faria justiça se não agradecesse de modo especial a Veronilda minha tia, e a Ingrid, que foram companhia fiel nessa fase de desafios e conquistas.

Há ainda aquele gênero de familiares que nós mesmos escolhemos e que chamamos de amigos. Se eu não estiver enganado, foi a grande doutora da Igreja, Teresa de Ávila, quem disse que a amizade é a forma mais verdadeira de realização de alguém. É realização conjunta, claro, e por isso estendo meu agradecimento a todos os meus queridos amigos.

Ao Monsenhor José Alves, aos Frades Capuchinhos e às Filhas do Coração de Maria agradeço pelo exemplo de vida e pelas orações.

À Bernadete, por todo o apoio.

Aos queridos Felipe Barroso e João Leite, pela cumplicidade.

Ao André, amigo de Juazeiro que prossegue firme comigo nesta terra de José de Alencar, quando todos os outros já voltaram; agradeço pelas lições de disciplina e sensatez.

Aos amigos de colégio Kássius, Jamile, Bruna, Felipe, Thayga, Thyale, Lohanna, pela fidelidade.

Aos queridos Esdras, Anderson, Franzé, Leonardo, Chico, Tiago, André Paiva e Miguel Serra, por me ajudarem a entender a velha máxima "*idem velle idem nolle*".

À GAF, que compartilha comigo da alegria do dever cumprido, agradeço pelos bons momentos que vivemos nos últimos anos.

Ao companheiro Paulo Henrique, pelo exemplo de simplicidade.

À Milena e à Aline, pela paciência e pelo carinho que mostraram ter em períodos diferentes dessa jornada.

E, finalmente, agradeço aos meus queridos professores, cujas valiosas lições foram indispensáveis para que eu chegasse a este ponto, com cabeça erguida e sorriso no rosto. Ao professor Olavo de Carvalho, ao professor Tiago Callou, ao professor Raimundo Falcão, à professora Maria José, ao professor Glauco Barreira, à professora Uinie Caminha e à professora Joyceane Menezes, toda a minha estima e admiração.

De modo especialíssimo, agradeço à Professora Raquel Coelho, que se dispôs a me orientar neste trabalho e que me ajudou a dar esse último passo na graduação em direito. E também aos professores Felipe Braga e Edvaldo Moita, que aceitaram gentilmente o convite para fazer parte da banca examinadora desta monografia.

O que sobra em gratidão falta em palavras, por isso aceitem este simples par de palavras que resume a grandeza de todos vocês em minha vida:

Muito Obrigado!

*“Magistratum esse legem loquentem
legem autem mutum magistratum.”*
(Marcus Tullius Cicero)

*“The devil can cite Scripture for his
purpose”.* (William Shakespeare)

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade encontrar elementos básicos para conceituação e análise do ativismo judicial. Inicialmente, busca elaborar uma visão esquemática da evolução histórica do ativismo judicial, seja como fenômeno da prática judiciária, seja como conceito do pensamento jurídico. Partindo do texto em que o termo ativismo judicial aparece pela primeira vez, tenta encontrar fenômenos similares antes da publicação e explicar o desenvolvimento das teorias que se sucederam ao próprio texto. Em seguida, resgata da Teoria do Direito alguns conceitos que possibilitem elaborar uma definição estável de ativismo judicial, como o de “norma jurídica individualizada”, “ordenamento jurídico” e “erro judicial”, para, em seguida, entender como estes elementos se articulam com a dogmática jurídica, especialmente no direito brasileiro. Por fim tenta elucidar as relações entre ativismo judicial e política, ampliando a discussão para comportar o debate entre constitucionalismo e democracia e, finalmente, expor alguns dos principais desafios da ciência do direito e da ciência política para a resolução destes conflitos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Poder Judiciário. Erro Judicial. Democracia. Constitucionalismo.

ABSTRACT

This study aims to find basic elements for conceptualization and analysis of judicial activism. Initially, it seeks to formulate a schematic view of the historical evolution of judicial activism, whether as a phenomenon of judicial practice, whether as a concept of legal thinking. Based on the text in which the term judicial activism first appears, it tries to find similar phenomena before publication and explain the development of the theories that followed the text itself. Then it rescues some concepts from the theory of law that enable to develop a stable definition of judicial activism, such as “legal system”, “individualized decisions” and “judicial error”, and ultimately to understand how these elements fit together with legal dogmatics, especially brazilian law. Lastly it attempts to elucidate the relations between judicial activism and politics, expanding the discussion to hold the debate between constitutionalism and democracy and finally it exposes some of the main challenges of the science of law and political science to solve these conflicts.

Keywords: Judicial Activism. Judiciary. Judicial error. Democracy. Constitutionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 EVOLUÇÃO DA IDEIA DE ATIVISMO JUDICIAL.....	13
2.1 As origens do ativismo judicial.....	16
2.2 O ativismo judicial depois de Schlesinger.....	20
2.3 Evolução teórica e <i>status quæstionis</i>	23
3 ELEMENTOS PARA A ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL.....	27
3.1 Por uma adequada teoria do ordenamento.....	28
3.1.1 <i>A decisão judicial como norma jurídica</i>	28
3.1.2 <i>Normas individualizadas e sistema jurídico</i>	30
3.1.3 <i>Decisio contra legem</i>	35
3.1.4 <i>O caso específico do controle de constitucionalidade</i>	38
3.2 O Ativismo judicial no Brasil.....	41
3.2.1 <i>O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade</i>	43
3.2.2 <i>Decisões manipulativas: um exemplo da aplicação da ideia de ativismo como erro judicial à luz do direito brasileiro</i>	44
4 PARA ALÉM DO DIREITO? ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICA.....	47
4.1 Ativismo judicial e sistema de poderes.....	49
4.2 Democracia e constitucionalismo, ou entre Cila e Caríbdis.....	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

No último dia 5 de junho, o advogado e professor Luís Roberto Barroso, indicado pela presidente Dilma Rousseff para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, foi sabatinado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Já nas primeiras perguntas, um grupo de congressistas demonstrou uma grande preocupação em relação ao incremento do ativismo judicial dentro da própria Suprema Corte. Não é para menos. Num prazo que não chega a dois anos, o pleno do STF foi o cenário de algumas das mais profundas transformações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse curto intervalo de tempo, a corte estendeu a casais homoafetivos o direito de estabelecer uniões estáveis, permitiu a prática do aborto terapêutico de fetos anencéfalos e julgou critérios de elegibilidade dos candidatos a cargos políticos na chamada lei da ficha-limpa.

Se isso, por si só, não fosse razão suficiente para justificar intensos esforços teóricos para compreender o sentido e o alcance do ativismo judicial na prática jurídica, poder-se-ia recorrer à assombrosa confusão que já se estabeleceu no ambiente acadêmico sobre o tema. Perdidos, muitas vezes, em meio a uma desconcertante imprecisão conceitual que impede qualquer progresso na análise, os doutrinadores chegam a conclusões das mais diversas sobre quais os limites da atuação do poder judiciário na interpretação das leis.

O principal objetivo desse trabalho é o de contribuir para este debate, oferecendo alguns elementos que possam servir de base para a conceituação do ativismo judicial e para a construção de uma abordagem mais sólida e coerente desse fenômeno da prática jurídica.

O primeiro capítulo tenta construir um esquema histórico da evolução da ideia de ativismo judicial. Seu ponto de partida é a publicação do artigo *The Supreme Court: 1947*, de Arthur Schlesinger Jr., em que o termo *judicial activism* foi usado pela primeira vez. A partir dele, tenta-se encontrar fenômenos similares antes mesmo da publicação para, em seguida, traçar um esboço do conjunto de teorias que tentam conceituar o ativismo.

O segundo capítulo, reconhecendo a assustadora imprecisão conceitual que se estabeleceu no ambiente acadêmico, busca resgatar, da Teoria do Direito,

alguns elementos essenciais para a compreensão do ativismo judicial. O ativismo só existe enquanto atributo da prestação judicial por excelência, que é a sentença, ou decisão. Se não se compreende a natureza e a dinâmica da decisão judicial, nenhuma análise sobre ativismo pode render conclusões aceitáveis. Por isso mesmo, este estudo prossegue defendendo a natureza normativa da sentença, descrevendo-a como norma jurídica individualizada. É precisamente na condição de norma jurídica que a decisão se insere no sistema escalonado descrito por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Como não existe isolada do ordenamento, a sentença extrai sua validade das normas hierarquicamente superiores. Se isto não ocorre, isto é, se há algum erro na prestação jurisdicional, constitui-se uma desordem no sistema jurídico, e surge uma espécie de norma autoaplicável arbitrária que não pode ser considerada jurídica. É exatamente o que se vê nos casos de ativismo judicial.

Depois de concluir que o ativismo judicial é sempre uma *decisio contra legem* – um erro deliberado na atuação do magistrado – este trabalho tenta oferecer um exemplo concreto de como essa concepção pode afetar na prática jurídica. Para isso, descreve, inicialmente, o panorama do sistema constitucional instaurado pela Constituição de 1988 e, em seguida, analisa o acolhimento das chamadas decisões manipulativas no direito brasileiro.

O terceiro capítulo investiga quais são as repercussões políticas do ativismo judicial. Em primeiro lugar, lembra que direito e política são elementos da vida em sociedade que não podem ser dissociados um do outro. Todo sistema jurídico descreve um sistema equivalente de relações de poder, uma vez que cada direito não passa da garantia de exercício de um poder específico. Por isso mesmo, cada inversão ou desarranjo no ordenamento jurídico tem seu equivalente no sistema geral de poderes. O ativismo judicial passa a ser descrito como um fenômeno capaz de desnaturar todo o sistema de governo em que se insere, principalmente as democracias constitucionais modernas.

O mérito deste trabalho, se há algum, é o de ser uma tentativa sincera de esclarecer questões cruciais para a compreensão do ativismo judicial. “Que é ativismo?”, “Quais as suas consequências para o ordenamento jurídico?”, “Como ele afeta a vida política de uma sociedade?” são apenas algumas delas. Não se pode respondê-las sem recorrer a sólidas bases de teoria do direito, de argumentação e hermenêutica jurídica ou de direito constitucional. Este esforço, como está claro a esta altura, não é apenas possível e oportuno, mas necessário e urgente.

2 EVOLUÇÃO DA IDEIA DE ATIVISMO JUDICIAL

A história de um conceito não se confunde com a história do fenômeno a que ele se relaciona, e muito menos com a de seu referente linguístico, isto é, da palavra que lhe designa. Essa diferença básica traz consequências metodológicas importantes, já que o método de estudo adotado deve refletir a própria natureza do objeto e pode variar de uma simples pesquisa etimológica até a mais sofisticada reconstrução da *Begriffsgeschichte*. Qualquer que seja o caso, nem o jurista nem o cientista político parecem ser pessoas qualificadas para a tarefa, o que não quer dizer que eles prescindam da análise histórica para compreender e explicar alguns fenômenos de suas próprias ciências. Como proceder, então? O caminho mais seguro é recorrer aos trabalhos dos historiadores já consagrados no meio acadêmico e científico, mas mesmo uma tarefa como essa não exige o estudioso de fazer seus próprios recortes, expondo os fatos de tal modo que os aspectos objetivos que pretende retratar ganhem relevância.

Tendo isso em vista, uma das maneiras mais eficazes de explicar o surgimento da noção de ativismo judicial, bem como o rápido processo que lhe pôs no centro das discussões jurídicas da atualidade é tomar como referência a publicação do ensaio “The Supreme Court: 1947”, de Arthur Schlesinger Jr., em que o termo *Judicial Activism* aparece pela primeira vez¹. A matéria não tinha mais que quatorze páginas, vinha cercada de anúncios de uísque e *Aqua Velva*² e, ainda assim, cunhou definitivamente um dos termos mais usados na ciência do direito, desde então. Mais curioso ainda é saber que Schlesinger não era um jurista e sim um historiador, e, talvez por isso mesmo, cuidou menos de elaborar uma teoria

¹ De todas as fontes consultadas não houve uma sequer que não apontasse o artigo de Schlesinger como sendo o primeiro a fazer uso do termo “judicial activism”. É possível citar, a título de exemplo, GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009; KMIEC, Keenan, D., The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, **California Law Review**, v.92, No.5, 2004; DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto, **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. In FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Edições JusPODIUM.; TASSINARI, Clarissa, **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limitações da Atuação do Judiciário**. Edição Eletrônica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Além disso, muitos dos primeiros artigos acadêmicos que utilizaram o termo mencionavam expressamente o artigo de Schlesinger, enquanto os demais se reportariam ao estudo de Herman Pritchett, **The Roosevelt Court: A Study of Judicial Politics and Values**, de 1948, que também traz como referência a publicação da Revista Fortune. Cf. KMIEC, op. cit. p. 1446.

² GREEN, op. cit., p. 1201.

coerente sobre a atividade jurisdicional do que de descrever uma situação histórica particular, baseando-se, para isso, numa série de entrevistas feitas aos nove Juízes da Suprema Corte Norte-Americana³. Os relatos serviriam para explicar as alianças e divisões entre eles e delinear a forma de atuação de cada um.

Esse distanciamento da análise puramente jurídica está presente também na forma como o artigo representa a Corte, opondo, de um lado, o que o autor chamou de *judicial activists*, e, do outro lado, os chamados *champions of self-restraint*⁴. O tratamento acaba sendo muito mais pessoal do que propriamente racional ou analítico, mesmo assim, Schlesinger não poupou esforços para explicar suas duas categorias. Ele mesmo admitiu que o conflito que estava a analisar poderia ser descrito de muitas maneiras diferentes, no entanto, ofereceu uma fórmula básica para equacionar a questão:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autocontensão judicial. Um grupo está mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro, em expandir o alcance do julgamento aceitável para as legislaturas, mesmo que isso signifique apoiar conclusões que eles condenem na esfera privada. Um grupo olha para a Corte como um instrumento para atingir os resultados sociais almejados; o segundo, como um instrumento que permita que outros ramos do governo alcancem os resultados desejados pelo povo, para o bem ou para o mal⁵.

Aí se encontram os elementos de partida para delinear o conceito de ativismo judicial, como o entendeu Schlesinger. O primeiro traço distintivo dessa modalidade de atuação jurisdicional é teleológico: o ativismo judicial tem um caráter

³ GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009, p. 1202.

⁴ No campo dos ativistas, estariam os juízes Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley B. Rutledge, enquanto no grupo dos campeões de autocontensão estariam os juízes Robert Frankfurter, Felix Jackson e Harold Hitz Burton. O juiz Stanley F. Reed e o Chefe de Justiça Fred M. Vinson formariam um campo intermediário.

⁵ SCHLESINGER Jr., Arthur M., *apud* KMIEC, Keenan, D., The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, **California Law Review**, v.92, No.5, 2004, p. 1446. Livremente traduzido do original: "This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse".

instrumental e busca a efetivação de políticas de bem-estar; o segundo aspecto é institucional: o ativismo implica na substituição dos poderes executivo e legislativo pelo poder judiciário. A conjunção dessas duas características resulta ainda numa outra, de ordem substantiva, já que o sujeito capaz de determinar quais valores incidem sobre um determinado fato social deixa de ser o titular do poder político e passa a ser o magistrado - é a própria concepção de bem social do juiz que determina a forma de atuação judicial, ainda que não corresponda aos anseios do povo.

Está dada aí uma primeira noção do que seria ativismo judicial. Mas seriam as categorias de Arthur Schlesinger Jr. suficientes para identificar um caso concreto de ativismo? Ao que parece, o autor mesmo deu provas das limitações de suas teses. No caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* - em que se considerou que as escolas públicas violaram a primeira emenda à constituição norte-americana, ao obrigarem os alunos a saudar a bandeira, contrariando suas crenças religiosas - o historiador elogiou largamente o voto dissidente do Juiz Frankfurter, acusando a maioria vencedora de ativismo judicial, quando o que ocorreu foi bem o contrário, considerando-se o texto da emenda: "Congress shall make no Law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]"⁶. Foi, aliás, do juiz Felix Jackson, classificado por Schlesinger como um dos "campeões de autocontensão", a autoria da opinião majoritária taxada de ativista⁷.

De todo modo, esse conceito provisório assume, no presente trabalho, uma dupla função. Serve de referência para a identificação das possíveis origens do ativismo judicial, ou ao menos de fenômenos similares que já ocorriam antes da publicação do artigo de Schlesinger; e, ao mesmo tempo, constitui o marco inicial de uma série de formulação teóricas que tentaram definir ou descrever estes mesmos fenômenos.

⁶ Em tradução livre: "O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício [...]". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **The United States Constitution: The Full Text with Supplementary Materials**, Dover Publications, Mineola, New York, 2009.

⁷ GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009, p. 1205.

2.1 As Origens do Ativismo Judicial

Seria no mínimo impreciso dizer que a discussão sobre os limites da atuação jurisdicional é tão recente quanto o termo “ativismo judicial”. Quando Montesquieu, em vez de ater-se à descrição das funções básicas do poder, como fizera Aristóteles⁸ séculos antes, sugeriu também a atribuição de cada uma delas a um órgão independente e especializado, antecipou inequivocamente as dificuldades de compatibilização entre estas mesmas funções. Sua análise era pragmática e refletia uma preocupação muito clara: “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, de nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares⁹”. E para que o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos não se transformasse em puro arbítrio ou tirania, e o juiz não se convertesse num opressor, o poder de julgar e o poder de legislar deveriam manter-se completamente dissociados¹⁰.

Na França, as ideias de Montesquieu contribuíram para a consolidação de um legalismo completamente avesso a qualquer extrapolação do Poder Judiciário. A Escola de Exegese, que surgiu logo após a publicação do Código Civil Napoleônico de 1804, defendeu a separação dos poderes como um dos fundamentos básicos do estado de direito, de tal modo que a interpretação das normas jurídicas deveria limitar-se às disposições literais do texto ou, quando muito, a uma interpretação estritamente lógica, nos casos em que a letra da lei fosse obscura e lacunosa. Nenhuma forma de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário era admitida, e mesmo as decisões regulares dos magistrados poderiam ser invalidadas pela Corte de Cassação - um órgão composto por

⁸ ARISTÓTELES, **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁹ Livrentemente traduzido do original: “Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers”. MONTESQUIEU, **De l'Esprit des Lois**. Paris, Éditions Gallimard, 1995, p. 328.

¹⁰ “Il n'y a point encore de liberté si La puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la forcé d'un oppresseur”. Ibidem, p. 328

membros do parlamento que deveriam garantir que não houvesse qualquer tipo de intromissão do Judiciário nas competências do Poder Legislativo¹¹.

Já os Estados Unidos da América receberam a obra de Montesquieu com muito mais reservas. O texto constitucional aprovado em 17 de setembro 1787, na Convenção da Filadélfia, estabeleceu a tripartição dos poderes, descrevendo a composição e os objetivos de cada órgão do Estado. Neste aspecto, a Constituição pouco se afastou das teses defendidas pelo pensador francês, mas, com o tempo, o arranjo institucional adotado assumiria contornos bem diferentes do que se viu na maior parte da Europa e especialmente na França. Isso porque a leitura que os *founding fathers* fizeram da obra de Montesquieu teve que se compatibilizar com a noção de supremacia da Constituição, que até então era completamente estranha à tradição europeia.

Em algumas passagens do artigo 78 de “O Federalista”, Alexander Hamilton deixa entender que cabe ao judiciário o poder de declarar nulos os atos do legislativo, caso sejam contrários à Constituição:

Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power [...]

There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid¹².

Embora essa ideia não seja plenamente desenvolvida por Hamilton, nem pelos dois outros autores de “O Federalista”, nela está contido o embrião do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade. Esta modalidade de atuação judicial só viria a ser desenvolvida a partir do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, mas seu alcance, aparentemente ignorado pelo *Federalist No. 78*, foi antecipado em

¹¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 45.

¹² HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, **The Federalist Papers**. London, 1987, Penguin Books, p. 438. Em livre tradução: “Tem surgido alguma perplexidade quanto ao direito das cortes de declarar nulos determinados atos do legislativo, porque contrários à Constituição, fruto da falsa ideia de que esta doutrina implica uma superioridade do judiciário sobre o legislativo [...]. Não há posição que se apoie em princípios mais claros do que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada que seja contrária ao teor da declaração sob a qual se exerce tal autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição”.

outro artigo, escrito por Robert Yates, sob o pseudônimo de *Brutus*. Yates alertou quanto aos riscos do exercício da atividade jurisdicional sem qualquer controle externo e concluiu, não sem razão, que as decisões da suprema corte ganhariam força de lei, uma vez que nenhum outro poder seria capaz de corrigir seus erros¹³. Como se verá mais adiante, o *Judicial Review* acabou se tornando o ponto crítico na análise do ativismo judicial.

Mas há ainda outro componente que faz dos Estados Unidos da América um campo fértil para o aparecimento de fenômenos como o do ativismo. O fato de ter herdado da metrópole britânica a tradição do *common law* torna o sistema jurídico norte-americano muito mais dependente da atividade do magistrado, já que se baseia nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados nas decisões dos tribunais¹⁴. O juiz, longe de ser a “boca que pronuncia as palavras da lei”¹⁵, é um verdadeiro depositário, ou, nas palavras de Sir William Blackstone, “the living oracle, who must decide in all cases of doubt”¹⁶.

Esta composição peculiar entre valores jurídicos tradicionais e inovações imprevisíveis na prática judicial fez dos Estados Unidos da América uma experiência inédita, mas não garantiu a evolução uniforme do pensamento jurídico, nem foi capaz de assegurar a estabilidade das instituições políticas ao longo de seus mais de duzentos anos de história. Como é de se esperar, um estudo mais detalhado da atuação da Suprema Corte revela um jogo intrincado de tensões e incoerências: fases de imensa ousadia na efetivação e até na criação de direitos e momentos de retração e prudência. Ao mesmo tempo, desenvolve-se uma complexa reflexão doutrinária que busca dar conta dessa variedade de tendências e de posicionamentos. O produto destas reflexões constitui uma autêntica tradição de crítica judicial¹⁷, cuja compreensão é determinante para entender os diversos episódios que a doutrina aponta como sendo os primeiros casos de ativismo judicial.

¹³ YATES, Robert, **The Anti-Federalist Papers and The Constitutional Convention Debates**. Edição eletrônica. New York, Signet Classics, 2003, Essay XV, p. 72 de 82.

¹⁴ REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 90.

¹⁵ MONTESQUIEU, op. cit. p.337. “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”.

¹⁶ BLACKSTONE, Sir William, **Commentaries on the Laws of England**. New York, 1894, Banks & Brothers, p.35.

¹⁷ GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009, p.1209.

Isso porque o medo do abuso no exercício da jurisdição é um dos elementos mais recorrentes nessas análises.

Prova de que estas tensões não demoraram a se manifestar na prática judicial da Suprema Corte é o caso *Dred Scott v. Sanford*, de 1857, ainda hoje considerado pelos especialistas como um dos exemplos mais notórios, e também mais dramáticos, de ativismo judicial. Nessa decisão, a Corte defendeu que os descendentes livres de escravos africanos não poderiam ser considerados cidadãos à luz da Constituição Federal, viabilizando a manutenção da escravidão no território de Minnessota. Do ponto de vista técnico, as questões levantadas pelos juízes não tinham qualquer amparo legal e sequer foram devidamente apresentadas¹⁸.

Anos mais tarde, pouco antes da publicação do ensaio de Arthur Schlesinger, a Suprema Corte fez sentir mais uma vez o seu poder de controle sobre a vida política e social do país. No período que vai de 1905 a 1937, chamado de era *Lochner*, o “ativismo judicial” assumiu diversas formas diferentes. De uma maneira geral, a corte se empenhou em invalidar parte das leis socializantes aprovadas à época, restringir interesses trabalhistas e promover o desenvolvimento industrial, o que culminou com o confronto entre o presidente Roosevelt e os magistrados que integravam o tribunal¹⁹.

Embora estes dois exemplos já sejam suficientes para demonstrar que o fenômeno descrito no ensaio de Arthur Schlesinger Jr. está presente, em maior ou menor escala, desde o início da história dos Estados Unidos como país independente, é preciso ressaltar que não são os únicos. Não falta quem veja na própria Corte Marshall exemplos patentes de ativismo judicial²⁰. Resta saber, em que medida a publicação do trabalho de Schlesinger repercutiu no entendimento sobre o fenômeno, e, sob que forma essa modalidade de atuação jurisdicional tem-se repetido, desde então.

¹⁸ GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009, p.1215.

¹⁹ Ibidem, p.1210, e BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

²⁰ Neste sentido, GREEN, op. cit. p.1215.

2.2 O Ativismo Judicial depois de Schlesinger

O fim da Segunda Guerra Mundial representou, em grande medida, o início de profundas transformações no modo de entender e aplicar o direito. Não apenas os diversos ordenamentos nacionais incorporaram novas garantias e remodelaram suas instituições, como também o esforço de cooperação internacional impulsionou o reconhecimento de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Este processo é o que se descreve normalmente como a passagem do Velho Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

O surgimento e a difusão deste novo constitucionalismo democrático modificaram substancialmente a compreensão sobre as funções do Estado e os objetivos e métodos de atuação de seus órgãos. O Poder Judiciário, particularmente, acabou assumindo o papel de garante da efetividade da Constituição e dos direitos nela positivados e foi, muitas vezes, o responsável por mudanças sociais profundas. Para ficar apenas nos Estados Unidos, é possível citar todo o período de atuação do *Chief of Justice* Earl Warren (1953-1969) e os primeiros anos da era Burger (até 1973). Em *Brown v. Board of Education* (1954), a Suprema Corte pôs fim à doutrina dos “iguais, mas separados”, que amparava as políticas de segregação racial no País. Em *Miranda v. Arizona* (1966), estabeleceu a invalidade das confissões prestadas sem que o acusado tenha sido informado de seus direitos, inclusive o direito ao silêncio. Em *Roe v. Wade* (1973), permitiu que mulheres realizassem a interrupção da gestação até o terceiro mês. E esses não foram casos isolados.

No Brasil, o neoconstitucionalismo só renderia seus frutos mais notáveis após o fim do regime militar (1964-1985)²¹. O processo de redemocratização deu um novo impulso para a atuação do poder judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal - um movimento que se tornou irreversível após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Não apenas a credibilidade e a autonomia da Suprema Corte foram reestabelecidas, como também seu papel na organização do Estado foi redimensionado, deixando de ser o de um departamento técnico-especializado e se transformando em um efetivo poder político²².

²¹ Processo similar ocorreu com os demais países da América Latina, onde as transformações no direito constitucional foram assimiladas não como consequência da guerra, mas em oposição aos regimes ditatoriais instalados. TASSINARI, op. cit.

²² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

Ao menos dois aspectos do modelo constitucional brasileiro foram decisivos nesse processo²³. O primeiro deles é a considerável ampliação das matérias reguladas pela Lei Constitucional. Em 1988, Brasil adotou a forma longa, ou analítica, de Constituição, estabelecendo um complexo normativo amplo, em alguns casos, até pleonástico; e conferindo dignidade constitucional a matérias que, ordinariamente, são reguladas por normas infraconstitucionais. Naturalmente, ao mesmo tempo em que amplia o quadro de garantias fundamentais do cidadão, esse padrão normativo firma novos compromisso de prestação jurisdicional e aumenta as expectativas da sociedade face ao Poder Judiciário – órgão capaz de dar efetividade à lei e à Constituição.

O segundo aspecto é o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, resultado da combinação do modelo norte-americano e do europeu. Isso significa que, além do controle jurisdicional difuso²⁴, que pode ser realizado por qualquer juízo nos processos de sua competência, o Brasil admite o controle concentrado²⁵ de constitucionalidade, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal julgar a inconstitucionalidade das leis em via de ação. Além disso, o art. 103 da Constituição de 1988 ampliou consideravelmente o rol de legitimados para propor a ação direta de constitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, incluindo, além de órgãos governamentais, os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe. Com isso, tornou-se muito mais provável que questões socialmente relevantes sejam apreciadas pelo STF²⁶.

O que se viu no Brasil foi um desenvolvimento análogo ao que se deu nos Estados Unidos da América, embora notadamente tardio. Aos poucos, o poder judiciário tornou-se um protagonista do desenvolvimento político e social da nação, trazendo para si a responsabilidade de efetivar direitos e garantias e, em certos casos, de antecipar mudanças que *a priori* deveriam ser determinadas pelos demais poderes da república, isto é, pelo Legislativo e pelo Executivo. Depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a reforma previdenciária (ADI 3105), a criação do Conselho Nacional de Justiça (ADI 3367), os limites de atuação das Comissões

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

²⁴ CF, arts. 97; 102, II; 102, III, a, b e c; 105, III, a, b e c.

²⁵ CF, arts. 103 e 125 §2º.

²⁶ BARROSO, op. cit., p. 333.

Parlamentares de Inquérito (MS 23452), a progressão de regime das pessoas condenadas pela prática de crimes hediondos (HC 82959), a validade das políticas de cotas nas universidades (ADPF 186) e o direito a liberdade de expressão nos casos de racismo (caso Elwanger – HC 82424) ²⁷.

Só nos últimos dois anos, a Suprema Corte estendeu a casais homoafetivos o direito de estabelecer uniões estáveis (ADPF 132 e ADI 4277), permitiu a prática do aborto terapêutico de fetos anencéfalos (ADPF 54) e julgou critérios de elegibilidade dos candidatos a cargos políticos previstos na Lei Complementar 135/10, a lei da ficha limpa (ADCs 29 e 30 e ADI 4578). São igualmente comuns, na prática do judiciário brasileiro, as intervenções para implementação de políticas públicas, como nos casos em que as cortes são chamadas a deliberar sobre o cabimento da aquisição de medicamentos pelo poder executivo sem o procedimento licitatório exigido pela lei.

O que se tem, portanto, é um movimento que atua por duas frentes distintas e complementares: de um lado, a ampliação do rol de garantias dos cidadãos e, do outro, a construção de um arranjo institucional capaz de garantir o cumprimento deste programa normativo. A consequência disso foi o rápido incremento da atuação judicial. E é precisamente aí que está a primeira dificuldade para delimitar o significado do termo ativismo judicial atualmente²⁸, já que uma primeira definição poderia se basear no critério meramente quantitativo das prestações jurisdicionais. O ativismo seria, neste caso, uma atividade particularmente intensa do poder judiciário na resolução de conflitos, especialmente naqueles que implicam em declarações de inconstitucionalidade. No entanto, este fenômeno seria muito mais bem descrito como judicialização da vida ou da política, uma vez que depende mais do modelo de estado constitucional adotado do que da interferência dos magistrados na ordem jurídica. Ativismo e judicialização não se confundem, embora tenham uma estreita ligação um com o outro.

Outro critério possível para definir o ativismo judicial seria o qualitativo, que, como se viu, aparece implícito na obra de Schlesinger. Neste caso, o que definiria a postura ativista do magistrado seriam os critérios utilizados para

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

²⁸ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto, **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. In FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Edições JusPODIUM, p. 461.

fundamentar sua decisão. Mas, apesar de todo o esforço empreendido, a doutrina admite reiteradamente o fracasso das tentativas estabelecer parâmetros básicos de conceituação²⁹. Um erro comum na análise conceitual do ativismo é o de simplesmente enumerar as espécies de atuação jurisdicional em que o ativismo se manifesta, sem buscar identificar o elemento que liga cada uma delas. Pode-se dizer, então, que o ativismo decorre do exercício do controle de constitucionalidade das leis; da interferência do judiciário no processo legislativo; da maior discricionariedade do magistrado, na decisão; do erro judicial; das consequências indesejadas de uma sentença etc. Mas isso não basta. Apontar as ocasiões em que o ativismo judicial se faz sentir é apenas o primeiro passo. A identificação de padrões e categorias é, na verdade, uma etapa imprescindível na transposição das manifestações particulares e concretas de um fenômeno para um conceito geral e abstrato, mas não é suficiente para conferir operacionalidade científica ao objeto estudado. Apenas uma definição global, que abarque todas as possibilidades de manifestação do ativismo judicial, será capaz de constituir uma base sólida para a análise científica.

2.3 Evolução teórica e *status quaestionis*

Em 1958, pouco mais de uma década após a publicação do artigo de Arthur Schlesinger na revista *Fortune*, o jurista Edward McWhinney alertou para as imprecisões contidas nos termos *judicial activism* e *judicial self-restraint* e para o perigo de reducionismo que as análises de Schlesinger comportavam³⁰. McWhinney criticou quaisquer noções abstratas de ativismo judicial e autocontenção, que, de tão simplificadas, poderiam perder toda a utilidade no debate acadêmico e jurídico. Demonstrou também a necessidade de se buscar conceitos delimitados dos termos e de bases mais sólidas de análise. Mas ele não foi o único. Um ano depois, o

²⁹ Neste sentido, DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto, **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. In FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Edições JusPODIUM, p.460; GREEN, Craig, *An Intellectual History of Judicial Activism*. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009; KMIEC, op. cit.

³⁰ MCWHINNEY, Edward, *The Great Debate. Activism and Self-restraint and Current Dilemmas in Judicial Police-making*. **New York University Law Review**, v. 33, 1958, p. 775-795. Comentários de DIMOULIS e LUNARDI, op. cit. p. 461.

professor Sanford Kadish propôs críticas muito parecidas, acrescentando que a ideia de ativismo judicial proposta por Schlesinger não passaria de um “melodrama” que, além de ser imperdoavelmente redutor, não levava em consideração a complexidade da técnica judiciária³¹.

A imprecisão conceitual apontada por Kadish e McWhinney ainda hoje é objeto de reflexão para os estudiosos do ativismo judicial. As várias tentativas de conceituação, embora tenham contribuído para a construção de um grande acervo de dados e de teorias, ainda não foram capazes de oferecer uma formulação definitiva, que não seja limitada ou parcial. Na verdade, se a formulação de um conceito válido para um fenômeno exige que o estudioso parta das experiências mais particulares e concretas até chegar a um modelo geral abstrato (método indutivo), depois que se consegue elaborar um conceito mais ou menos estável, é necessário que ele possa ser testado retroativamente, e que dê conta de descrever a generalidade dos fenômenos considerados. É precisamente aí que reside o problema da maioria das noções de ativismo judicial que foram propostas até hoje.

O professor Craig Green divide as definições modernas de ativismo judicial em quatro grandes grupos: (1) ativismo como erro judicial grave; (2) como resultado controverso ou indesejável na prestação jurisdicional; (3) como decisão que anula uma norma válida; e (4) como resultado da conjunção dos três últimos conceitos e de outros fatores³². Para cada uma dessas definições, Green levanta objeções relevantes, tentando demonstrar as limitações e os erros que cada uma delas apresenta.

Em primeiro lugar, definir ativismo judicial como um erro judicial grave contraria a própria experiência que se tem do ativismo como fenômeno autônomo e independente, isto é, se a atuação ativista coincidissem como um mero erro judicial, não haveria a necessidade de estudá-los separadamente. Para Green, embora haja uma relação entre erros judiciais e ativismo, os dois não são equivalentes, e exemplifica citando os casos em que o erro judicial decorre simplesmente da incompetência do juízo³³; como não existe equivalência, a grande dificuldade seria apontar as circunstâncias em que o erro poderia ser qualificado como ativismo.

³¹ KADISH, Sandford, A Note on Judicial Activism. **Utah Law Review**, v.6, 1959, p. 467.

³² GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009, p.1217.

³³ *Ibidem*. p.1217

Ainda que estas observações estejam acima de qualquer questionamento, não se deve subestimar a correlação entre erros judiciais e ativismo – este vínculo será explorado mais detidamente ao longo deste trabalho e será definitivo para descrever as repercussões da prática jurisdicional no ordenamento jurídico.

A segunda definição - a de ativismo como resultado controverso na prestação jurisdicional - é ainda mais difícil de sustentar. O erro básico dessa corrente é acreditar que a prática judicial deve ser avaliada apenas pela conveniência política das decisões. Se fosse assim, a própria juridicidade da atividade do magistrado seria irrelevante, e o conceito de ativismo judicial seria igualmente desnecessário. Qualquer que seja a definição de *judicial activism*, lembra Green, ela se referirá necessariamente ao ato de julgar, e não às vantagens políticas das decisões; trata-se de uma questão de método e não de resultado³⁴.

Já a terceira corrente seria bastante promissora, se a anulação de uma norma não fosse o processo básico pelo qual se dá o controle de constitucionalidade das leis. É a própria Constituição que transfere para o Poder Judiciário a competência para examinar a validade dos atos do Poder Legislativo. Claro que é sempre possível questionar a legitimidade do modelo de Estado Constitucional de direito - em 1893, em um trabalho intitulado “The origin and scope of the American doctrine of constitutional law”, James Bradley Thayer elaborou uma das primeiras críticas do controle de constitucionalidade, baseando-se no princípio da separação dos poderes e defendendo a necessidade de o Judiciário demonstrar respeito e deferência aos representantes eleitos pelo povo³⁵ – mas procedendo assim, a discussão sobre ativismo judicial simplesmente desapareceria para dar lugar às reflexões sobre a conveniência ou não do controle de constitucionalidade. Isso não quer dizer que a anulação de uma lei pelo poder judiciário seja sempre um ato admissível. Há, sim, casos em que o exercício do controle de constitucionalidade resultará em uma postura ativista do magistrado ou da corte constitucional.

Por fim, resta o conceito misto de ativismo judicial, que acaba sendo o mais comum atualmente. Ocorre que este “conceito misto” não é exatamente um conceito, e sim o reconhecimento de que o ativismo judicial é um fenômeno complexo e sofisticado e que cabe ao pesquisador identificar em cada caso qual

³⁴ GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009, p. 1218.

³⁵ THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 7, No. 3, 1893, p. 129-156.

aspecto é determinante para configurar a decisão particular como ativista. Este posicionamento, além de não oferecer uma descrição plausível do fenômeno, mostra o ativismo com um “Frankenstein incoerente” que, de tão indeterminado, acaba servindo de máscara para projetos políticos camuflados³⁶.

Esta última corrente incorre no erro de ater-se à simples enumeração das espécies de atuação jurisdicional em que o ativismo se manifesta, sem tentar encontrar o elemento essencial que liga todas elas. Este trabalho alertou anteriormente contra tal equívoco. Enquanto não se chegar a um conceito unitário e abrangente de ativismo judicial, todo o debate jurídico continuará refém de uma confusão teórica improdutiva e jamais poderá oferecer respostas convincentes sobre o papel do poder judiciário no Estado Democrático de Direito ou sobre os limites de sua atuação.

³⁶ GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009, p.1217

3 ELEMENTOS PARA A ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL

Até agora, este trabalho buscou investigar as origens do ativismo judicial e a sucessão de formulações teóricas a seu respeito, mas acabou esbarrando numa desconcertante imprecisão conceitual que inviabiliza qualquer análise mais séria sobre o tema. Neste estágio, é preciso adentrar num outro nível de análise, que leve a sério a tarefa de elaborar uma definição apropriada para o fenômeno. Pergunta-se: é possível elaborar um conceito minimamente estável de ativismo judicial que corresponda a um objeto distinto de todos os demais e que abarque todas as suas possíveis manifestações? Ou, mais importante ainda, é possível fazê-lo a partir da teoria do direito e da dogmática jurídica?

Por mais variadas que sejam as concepções acerca da natureza da norma jurídica, o direito continua sendo um fenômeno essencialmente normativo, ou, para usar a expressão de Bobbio, “uma experiência normativa³⁷”. Mas é experiência plúrima, de significado vário. Direito se experimenta como uma faculdade oponível a um terceiro ou à coletividade, assim se diz: “toda pessoa tem direito à livre locomoção”; ou como um conjunto de normas válidas em um determinado lugar e em determinada época, o que se chama de ordenamento jurídico; ou ainda como o objeto de uma ciência: a ciência do direito, ou jurisprudência³⁸.

Por isso, não basta dizer que o ativismo judicial é um fenômeno jurídico, um fenômeno do direito; é preciso dizer também em que sentido é jurídico. Ainda que apresente características próprias, a prática ativista não se difere em substância³⁹ da prestação jurisdicional ordinária, já que se materializa obrigatoriamente por meio de um ato decisório – é decisão *tout court* e, por isso mesmo, possui uma dinâmica ambígua, quase paradoxal.

Como ato judicial, a prolação de uma decisão deve cumprir com os requisitos de forma e de conteúdo estabelecidos pelo próprio ordenamento particular em que se insere. Mas toda sentença⁴⁰ é de per si um ato normativo, é a norma do

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 23.

³⁸ Sobre os possíveis significados que a palavra direito pode assumir, cf. REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2001, p.57.

³⁹ O termo substância é usado aqui no sentido aristotélico original, isto é, aquilo que existe em si mesmo e não em outro ser. Aquilo que não existe em si mesmo é o que Aristóteles chama de acidente.

⁴⁰ Aqui considerada como sinônimo de decisão.

caso concreto e, como norma, é objeto de estudo da ciência do direito. Em outras palavras, enquanto ato de poder, a decisão judicial é geralmente objeto da norma jurídica, mas, por sua própria natureza, é também um fenômeno normativo, é norma em si mesma. A consequência mais básica dessa condição ambivalente é que toda decisão judicial pode ser estudada de um ponto de vista dogmático, considerando determinados pressupostos normativos de uma ordem jurídica estabelecida. Mas interessa saber também que posição a decisão judicial ocupa no quadro geral de conceitos e princípios unificadores da teoria do direito.

Este capítulo será basicamente uma tentativa de resgatar da teoria do direito ou, mais especificamente, da teoria do ordenamento jurídico, os elementos necessários para delimitar o papel do ativismo judicial na ciência do direito. Em seguida, buscará, no ordenamento jurídico brasileiro, alguns poucos elementos normativos capazes de definir o lugar do ativismo judicial no Brasil, isto é, tentará construir uma visão mais próxima da dogmática jurídica para saber em que medida este fenômeno influencia o direito brasileiro.

3.1 Por uma adequada teoria do ordenamento

3.1.1 A decisão judicial como norma jurídica

As reflexões sobre a natureza da norma jurídica sempre abasteceram a produção acadêmica com controvérsias e desentendimentos. Um estudo mais aprofundado que trate da evolução das teorias sobre a essência da norma pode ser muito valioso, mas não interessa particularmente a este trabalho. Importa sim retomar a discussão sobre se a norma tem a forma de um juízo hipotético (caso ocorra A, deverá ocorrer B: havendo crime, segue-se a pena) ou de um juízo disjuntivo (dada certa conduta, deve ser a prestação ou dada a conduta contrária, deve ser a sanção). A primeira posição foi introduzida, no campo das ideias

jurídicas, pela Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen⁴¹, e representou uma inovação significativa na maneira de pensar a natureza da norma, já que quebrou uma longa tradição que a encarava como um juízo imperativo (faça A; não faça B). Já a segunda corrente foi sustentada pelo argentino Carlos Cossio e foi muito bem acolhida no Brasil, especialmente na obra do professor Arnaldo Vasconcelos⁴².

Mas há diferenças relevantes entre os dois posicionamentos? Tercio Sampaio Ferraz Jr. lembra que “do ponto de vista lógico-formal, implicação (se... então) e disjunção (ou... ou) são conectivos redutíveis um ao outro, sendo, na verdade, a mesma coisa dizer que “se o comportamento C ocorre, então segue a sanção S” e “ou o comportamento C não ocorre, ou segue-se a sanção S”⁴³. Todavia, se não há distinção do ponto de vista lógico-formal, há divergência na ênfase que cada uma das formulações dá a certas características da norma. Kelsen, de um lado, evidencia o caráter sancionador do direito e a precedência do ilícito em relação ao lícito como condição de acesso ao direito. Já Cossio, de outro lado, enfatiza a dimensão da liberdade humana, reconhecendo que, na maior parte dos casos, o aparelho coercitivo do estado não precisa ser acionado para que o direito se cumpra. Desse modo, não seria absurdo dizer que, antes de ser uma oposição à formulação de Kelsen, a ideia de norma como juízo disjuntivo é seu aperfeiçoamento – uma forma mais bem acabada de descrever a natureza da norma.

A estrutura formal das decisões judiciais em nada difere da fórmula de juízo disjuntivo exposta acima, reproduzindo a mesma vinculação entre fato e sanção. A decisão tem, portanto, estrutura de norma e, de fato, é norma em sentido pleno. O processo de aplicação de uma regra abstrata no caso concreto (sentença judicial) está longe de ser uma mera declaração de reconhecimento de direitos preexistentes, ainda que o magistrado atue necessariamente a partir da lei.

A redução da prática judiciária a um processo lógico de subsunção em que a lei geral é a premissa maior; o conjunto dos fatos analisados, a premissa menor e a sentença, a conclusão resulta numa simplificação grosseira, que nem mesmo o positivismo estrito de um Kelsen foi capaz de sustentar. Aliás, o próprio jurista austríaco faz companhia a um expressivo grupo de pensadores e de

⁴¹ Kelsen viria a negar a ideia de que a norma jurídica é um juízo hipotético, passando a defender uma concepção imperativa da norma. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 86.

⁴² VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

doutrinas jurídicas que, ao longo do século XX, se opuseram a esta forma de pensar a decisão judicial. Recasséns Siches lembra que a “concepção mecânica da função jurisdicional” foi energicamente repudiada pela jurisprudência teleológica de Ihering, pela axiologia jurídica de Stammler, pela Teoria Pura do Direito de Kelsen, pela Jurisprudência Sociológica norte-americana, pela escola alemã da Jurisprudência dos Interesses, pelo movimento do Realismo Jurídico nos Estados Unidos e pela Escola Ecológica argentina⁴⁴. Isso sem falar em todo o movimento mais recente do Moralismo Jurídico, encabeçado por Dworkin.

O processo de aplicação do direito consiste na passagem de preceitos normativos genéricos para um juízo individualizado, adequado ao caso concreto. A norma geral usa conceitos abstratos - “todo cidadão”, “a pessoa jurídica”, “o devedor”, “o proprietário”; a decisão se refere a sujeitos determinados. A norma geral emprega conceitos amplos de deveres e obrigações; a decisão determina, quantifica, estabelece prazos, enuncia direitos concretos. Ora, nenhuma dessas individualizações estava contida na norma originária, elas são, na realidade, os elementos de uma norma específica, individualizada.

O juiz é, em certa medida, construtor da normatividade, uma vez que “[...] articula a diretriz da norma genérica com a realidade da vida que é sempre particular. Por outro lado, as normas individualizadas supõem uma norma geral, porque, do contrário, representariam decisões arbitrárias”⁴⁵. Mas, para aprofundar o estudo das relações entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar, é preciso considerá-las já não como elementos isolados, mas como parte de um sistema complexo de normas: o ordenamento jurídico.

3.1.2 Normas individualizadas e sistema jurídico

A contribuição mais original do positivismo jurídico para a teoria do direito consiste na visão do direito objetivo como um conjunto de normas logicamente

⁴⁴RECASSÉNS SICHES, Luis, **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 17. ed. México: Porrúa, 2003, p.313.

⁴⁵No original “[...] articula la directriz de la norma general con la realidad de la vida, que es siempre concreta y particular. Por otra parte, las normas individualizadas suponen una norma general, porque de lo contrario representarían decisiones arbitrarias”: “RECASSÉNS SICHES, op. cit. p.329.

integradas e não dispostas aleatoriamente. Não existe norma jurídica isolada – tem-se aí um pressuposto cuja validade está dada no próprio processo de concreção do direito, isto é, na transição necessária entre normas abstratas e normas individualizadas: não se pode conceber, por exemplo, uma ordem jurídica composta por um único preceito normativo genérico que não seja passível de individualização, já que, nessas condições, o conteúdo normativo jamais poderia ser imposto na realidade da vida. Se é individualizado, o preceito gera uma nova norma específica e o sistema passa a ser composto. Do mesmo modo, sem norma genérica, não pode haver preceito singular suscetível de ser imposto, ou antes, todo preceito singular seria puro arbítrio, jamais direito.

Mas é decididamente na prática que se verifica a forma complexa do sistema normativo⁴⁶. Se, para resolver a impossibilidade lógica de um ordenamento jurídico simples, basta apenas um par de normas, a vida em sociedade exige um número indefinido de regras de conduta capazes de dar conta da complexidade das relações humanas e, ao mesmo tempo, possibilitar o convívio harmonioso entre os homens. Na realidade, os ordenamentos são compostos por infinitas normas, umas mais genéricas, outras mais específicas; umas mais claras, outras mais herméticas; umas mais importantes, outras menos.

Além de composto, o ordenamento jurídico é coeso, conexo. As normas jurídicas guardam relação entre si, articulam-se logicamente em um sistema. A aplicação do direito, como se viu, exige o desdobramento de uma norma em outra, dando origem a uma sucessão de atos de criação normativa. Para que um dado preceito genérico seja aplicado, é preciso que seja convertido em um preceito concreto adequado às circunstâncias. O conteúdo desta norma derivada está

⁴⁶ Norberto Bobbio chega à mesma conclusão seguindo um caminho um tanto diferente. Em sua obra, a análise sobre a necessidade de um ordenamento composto parte da ideia de que toda regulamentação se baseia em três modalidades normativas: do obrigatório, do proibido e do permitido, e que, por esta razão, um ordenamento que regule todas as ações possíveis e que só tenha uma norma jurídica só poderia tomar a forma de uma permissão universal, de uma proibição universal, ou de uma obrigatoriedade universal. Como cada uma dessas três possibilidades resulta na negação do próprio direito (a primeira porque substancialmente é a própria ausência de normas, ou, como se costuma chamar, o estado de natureza; e as duas últimas porque torariam impossível a vida social), Bobbio conclui que todo ordenamento é formado de uma pluralidade de normas e lembra que mesmo que se cogitasse na existência de um ordenamento simples que ordenasse ou proibisse uma única ação, ele não seria composto por uma única norma já que toda norma particular que regula uma ação implica outra norma, geral e exclusiva, que subtraia daquela regulamentação todas as outras ações possíveis. A análise de Bobbio, composta de vários raciocínios independentes, não se opõe efetivamente ao argumento simples que este trabalho apresenta e defende, ao contrário, apenas a fortalece. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006, p. 31-35.

sempre vinculado ao da norma que lhe deu origem, pois de outro modo já não se trataria da aplicação da norma genérica, mas de sua violação. Pode-se falar, portanto, em um princípio conectivo que sistematiza o desenvolvimento do direito.

Se um preceito normativo decorre de outro e se o conteúdo do preceito derivado é limitado pelo do preceito originário, o vínculo entre um e outro é de subordinação. Isso significa que as normas que compõem um dado ordenamento jurídico não ocupam o mesmo plano, mas se articulam em uma estrutura escalonada. Esse modo de organização foi elegantemente descrito pelos juristas da chamada Escola de Viena, da qual fizeram parte Merkl, Kelsen e Verdross.

Na Teoria Pura de Kelsen, o vínculo entre as normas que compõem o ordenamento jurídico é tomado em seu sentido lógico-formal. Como o fundamento de validade de uma norma só pode ser a validade de outra norma⁴⁷, o processo escalonado de produção das normas jurídicas obedece a uma espécie particular de subordinação: a delegação, em que o conteúdo da norma fundante inclui obrigatoriamente uma atribuição de competência. Assim, para que sejam válidas, as normas jurídicas devem ser produzidas por um ato especial de criação⁴⁸: o órgão legiferante cria a norma de sua competência através da dedução de uma norma superior que, de algum modo, autoriza a norma criada, o que faz do ordenamento jurídico um sistema hierárquico.

Se uma norma só pode encontrar seu fundamento de validade em outra norma, a indagação sobre a validade do ordenamento jurídico perde-se no indeterminado. Para resolver este problema, Kelsen desenvolve a teoria da “norma hipotética fundamental”, última e superior a todas as outras normas do ordenamento jurídico; não posta, mas pressuposta; diferenciada de todas as outras por sua natureza, uma vez que é hipotética – uma mera hipótese do pensamento que busca evitar a regressão ao infinito. No “sistema dinâmico”⁴⁹ proposto por Kelsen, uma norma jurídica não vale porque tem determinado conteúdo, mas porque é criada em conformidade com uma norma fundamental. O “princípio dinâmico” que coordena o ordenamento dá conta exclusivamente do fundamento de validade e não do

⁴⁷ “[...] explicamos que a questão de por que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo *ser*, não deve seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma só pode ser a validade de uma outra norma.”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 215.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 221.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 217.

conteúdo de validade das normas. Um sistema em que ambos, conteúdo e fundamento de validade, sejam supostos de uma norma fundante é chamado, na Teoria Pura, de “sistema estático”.

Partindo da “norma hipotética fundamental”, Kelsen se permite deduzir todo o ordenamento positivo. À norma fundamental seguem-se as normas constitucionais, que são seguidas pelas normas ordinárias, pelas regulamentares e, finalmente, pelas normas individualizadas⁵⁰. Cada uma dessas espécies normativas é uma concretização da anterior, que, por sua vez, constitui o marco de possibilidades para a criação válida da norma derivada⁵¹.

A teoria da “norma hipotética fundamental” é potencialmente problemática e parece contradizer a ideia proposta anteriormente neste trabalho de que o conteúdo da norma derivada está necessariamente vinculado ao da norma originária. Em primeiro lugar, o chamado “princípio dinâmico” só é capaz de dar conta da validade formal das normas jurídicas, nunca da validade material, é dizer, refere-se a um ordenamento sem conteúdo. Ocorre que todo sistema jurídico possui conteúdo, e conteúdo vasto, um fato que de per si compromete irremediavelmente a Teoria de Kelsen. Este descompasso entre teoria e realidade levou Brèthe de la Gressaye e Laborde-Lacoste a enxergarem, na Teoria Pura do Direito, “uma contradição flagrante, uma vez que este positivismo leva a atrelar o direito não a um fato positivo, mas a uma hipótese”⁵². Além disso, mesmo considerando os termos e as descrições de Kelsen, tem-se que, na primeira transição normativa – da norma fundamental para a constituição – o sistema jurídico ganha conteúdo e a dedução das demais normas passa a obedecer a um princípio ao mesmo tempo dinâmico e estático.

Não deixa de espantar todo esse esforço de Kelsen para contornar um dado tão evidente quanto o fato de que a unidade da ordem jurídica – a soberania do sistema – é metajurídica, vai para além do direito. Isso não impede que se defenda uma autonomia metodológica da ciência do direito, muito menos implica na

⁵⁰ O que se chama aqui de norma jurídica individualizada é um gênero que engloba o negócio jurídico, a sentença judicial e os atos administrativos especiais. PEDROSO, Antonio Carlos. **Normas Jurídicas Individualizadas: teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 11.

⁵¹ Ibidem, p. 10.

⁵² No original: “[...] une contradiction flagrante, puisque ce positivisme aboutit à rattacher le droit, non plus à un fait positif, mais à une hypothèse”. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, Jean e LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Introduction generale a l'etude du droit**. Paris: Sirey, 1947, p. 21.

adesão às teses jusnaturalistas, quer em sua corrente clássica quer na corrente moderna⁵³.

A dependência material existente entre as normas de escalas diferentes é uma necessidade inafastável do ordenamento jurídico. A passagem de um nível normativo para o outro se dá por dedução – a norma inferior é sempre deduzida da norma superior, tanto na forma quanto no conteúdo. Esta gradação, que nos ordenamentos jurídicos positivos tem início na Constituição, conduz obrigatoriamente à sentença judicial, norma individualizada por excelência, que representa o último grau de concreção do direito.

No processo de aplicação do direito, o magistrado sempre levará em conta a disposição das normas na escala hierárquica do ordenamento jurídico. Nos casos em que houver antinomia prevalece a norma superior – *lex superior derogat inferiori* – isto é, as normas superiores podem revogar as inferiores, já o contrário não acontece.

O órgão aplicador do direito deverá concatenar e compatibilizar o ato de aplicação da norma de tal modo que ele se insira no sistema geral de normas jurídicas. Esse processo é sempre complexo, comporta uma tensão dialética, na medida em que é, ao mesmo tempo, conformação e criação. Quando um desses aspectos se sobrepõe ao outro, ocorre o que se pode chamar de desordem no sistema normativo. Se a dimensão conformativa é privilegiada em detrimento da dimensão criativa, corre-se o risco de desconsiderar os dramas concretos que levaram ao pedido de prestação jurisdicional, o que resulta em uma decisão inadequada, porque incapaz de responder às reais necessidades das partes – o sistema é afetado por uma incoerência extrínseca⁵⁴. Se ocorrer o contrário e o ato criador se desprende dos limites impostos pela ordem jurídica, isto é, se o juiz decide contra a norma geral, a norma concreta se sobrepõe à totalidade do sistema jurídico e o sistema fica comprometido por uma incoerência intrínseca.

Toda incoerência extrínseca se desdobra em incoerência intrínseca, uma vez que compromete o próprio princípio conectivo inerente ao sistema normativo. Desse modo, o que se chama de erro judicial é sempre a incoerência de tipo

⁵³ BESERRA, Antonio Patrick e Silva. **Direito Natural e Experiência Moral**. Texto inédito, 2011.

⁵⁴ Não se trata aqui dos casos em que os fatos da vida não estão previstos no direito posto, e sim daqueles em que a norma, se corretamente interpretada, é capaz de regular as condutas consideradas, mas o aplicador, no caso o magistrado, não procede com a transição adequada entre a norma geral e a individualizada.

intrínseco, isto é, uma contradição interna no ordenamento. Esse conceito será decisivo para entender o ativismo judicial a partir da Teoria do Direito.

3.1.3 *Decisio contra legem*

A esta altura, já deve estar clara a forma básica de atuação dos órgãos jurisdicionais. Eles são os responsáveis pela aplicação do direito posto e, para isso, formulam a norma individualizada adequada para cada caso. O magistrado qualifica juridicamente os fatos, determinando a regra aplicável ao caso concreto em análise. A norma fundante deverá ser interpretada corretamente para que possa originar o preceito particular oportuno. Para descrever este processo, Gustav Radbruch valeu-se de uma metáfora curiosa:

A interpretação jurídica não é o pensamento de algo já pensado anteriormente, mas o pensar completo até o seu extremo. Ela parte da interpretação filológica da lei para, a seguir, excedê-la – tal qual um navio que ao sair do porto é guiado por alguém que conhece a rota previamente marcada, para em mar aberto, sob as ordens do capitão, seguir o seu próprio curso⁵⁵.

O juiz é o condutor do processo, mas a trilha que deve percorrer não é determinada por seu próprio arbítrio ou por seus caprichos; ela é dada pela lei, que a todo tempo serve de referência para a prática jurisdicional. Há casos, no entanto, e não são poucos, em que o magistrado se afasta da direção esperada. Assume o leme do navio e, em vez de se guiar pelos ventos seguros do ordenamento, segue teimosamente suas próprias vontades. Nesses casos, a coerência e a estabilidade do sistema normativo acabam sempre prejudicadas.

Se o fundamento de validade de uma norma é sempre outra de categoria superior e se o conteúdo da primeira vem predeterminado pela segunda, a decisão contrária à lei⁵⁶ é necessariamente arbitrária e inválida, já que não recebeu da norma superior os elementos que possibilitam sua assimilação no sistema normativo. Concretamente os diversos ordenamentos jurídicos incorporaram, ao longo do tempo, técnicas procedimentais capazes de reestabelecer a coerência

⁵⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 164.

⁵⁶ Por enquanto, entenda-se lei como sinônimo de norma e não em seu sentido estrito.

interna do sistema. O exemplo mais claro disso é a ampla difusão do princípio do duplo grau de jurisdição, que implica a possibilidade de revisão dos atos de prestação jurisdicional de um juízo específico por outro que lhe seja superior – a decisão do juiz de primeiro grau que apresente alguma espécie de erro poderá ser reformada pelo juízo de segunda instância⁵⁷.

Mas mesmo o duplo grau de jurisdição só traz uma garantia relativa. Nada impede que o juízo de segundo, terceiro ou até de quarto grau chegue a uma decisão contrária à lei e ao direito. Quando isso acontece, a sentença passa a operar com efeitos plenos, mas não é mais ato jurídico-normativo e sim ato puramente discricionário. Se o juiz proclama uma sentença definitiva e irrecorrível *contra legem*, que constitua, portanto, um erro judicial e cause um desequilíbrio no ordenamento, ainda assim poderá recorrer ao aparelho coercitivo do estado para fazer valer as disposições que nela constam. Isso porque a efetividade da prestação jurisdicional não encontra seu fundamento na validade da norma, mas sim em elementos externos, ou, para ser mais preciso, no sistema total de poderes em que se insere o direito⁵⁸.

De um modo geral, as disfunções causadas pelo erro judicial se limitam ao caso concreto que constitui objeto da sentença *contra legem*, as maiores repercussões desse tipo de atuação jurisdicional são sociais e não propriamente jurídicas. Todavia, há casos em que os efeitos da decisão judicial operam não apenas na ordem social ou nas condutas dos particulares, mas também em todo o sistema normativo. Isso ocorre porque nem toda norma jurídica regula apenas o comportamento das pessoas, há também normas que determinam a maneira como outras normas devem ser produzidas⁵⁹. As normas do primeiro tipo são chamadas normas de conduta, enquanto as do segundo tipo são normas de estrutura.

⁵⁷ “O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive o brasileiro. O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, inc. II; art. 105, inc. II; art. 108, inc. II), prevendo expressamente, sob a denominação de *tribunais*, órgãos judiciários de segundo grau (v.g., art. 93, inc. III). Ademais o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil. A Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária preveem e disciplinam o duplo grau de jurisdição.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 81.

⁵⁸ As relações entre Direito e Poder e entre Direito e Política serão tratadas mais detidamente no terceiro capítulo desta monografia.

⁵⁹ Norberto Bobbio classifica as normas em dois tipos; normas de conduta, ou de comportamento, e normas de estrutura: “Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas

As decisões judiciais podem versar tanto sobre normas de conduta quanto sobre normas de estrutura. Isso significa que o magistrado pode sancionar o comportamento das pessoas quando alguma espécie de direito for transgredido, mas também pode invalidar um determinado ato normativo se ele não obedecer aos requisitos impostos pela norma de estrutura. Ora, o requisito básico para que determinada norma seja produzida é que seu conteúdo não contrarie o conteúdo da norma que lhe formou; de onde se pode concluir que a própria natureza do direito determina uma norma de estrutura segundo a qual o conteúdo da norma derivada deve estar vinculado ao da norma originária⁶⁰.

Ocorre que a invalidação de qualquer norma repercute profundamente em todo o ordenamento jurídico, uma vez que as normas inferiores a ela serão contaminadas pela mesma invalidade. Dá-se uma espécie de efeito em cascata em que toda a sequência de normas inferiores vinculadas ao dispositivo invalidado será também inválida.

Qualquer decisão *contra legem* implica no aparecimento de uma norma autoaplicável, ou autossuficiente, incompatível com o ordenamento jurídico, o que pode gerar qualquer um dos efeitos mencionados. Quando por exemplo um juiz deliberadamente faz cumprir uma sentença contrária à lei ou à constituição, ele está, na verdade, elaborando uma norma que é causa de si própria, que não encontra seu fundamento de validade em nenhuma outra. Essa norma não pode, em hipótese alguma, ser considerada jurídica, é apenas fruto do arbítrio. Se esta sentença invalida uma norma fundante, toda a sequência de normas derivadas estará comprometida. Em certos casos, pode-se falar também de uma inversão da hierarquia própria do sistema normativo. Se um magistrado decide um caso baseando-se em uma lei inconstitucional, o que ele está fazendo é, na verdade, inverter as posições que os diplomas ocupam na escala normativa; considerando superior uma norma subordinada.

São precisamente estes mecanismos que acabam de ser descritos os que caracterizam o ativismo judicial em qualquer uma de suas modalidades. Na decisão

de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras. [...] Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura [...]. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006, p.45.

⁶⁰ Isso não se aplica às sentenças judiciais, uma vez que delas não se pode derivar outra norma.

ativista, o magistrado manipula deliberadamente o conteúdo da norma individualizada para que ela produza efeitos que, não só não estavam previstos, como também são incompatíveis com o ordenamento jurídico. Quando se diz, por exemplo, que o ativismo é um ato judicial que se sobrepõe ao poder legislativo, está-se falando exatamente de seu caráter *contra legem*. O mesmo se dá com relação à ideia de que o ativismo judicial é o aumento da discricionariedade do magistrado na decisão. É claro que não basta dizer que o ativismo judicial é um erro judicial. Há outros aspectos que devem ser levados em consideração para desenvolver uma análise séria sobre o ativismo judicial, mas, definido este núcleo comum, tem-se um ponto do qual partir. Quaisquer outras características relevantes serão acidentes adicionados a esta essência, mas não alterarão aquilo que o ativismo é: uma prestação judicial contrária à lei⁶¹.

Se, além de garantir a efetividade do direito no caso concreto, a função jurisdicional é responsável por compatibilizar as normas que compõem o mesmo ordenamento jurídico, não há alternativa a não ser identificar no ativismo judicial uma descaracterização da função judicial que pode comprometer irremediavelmente o sistema de normas.

3.1.4 O caso específico do controle de constitucionalidade

A Constituição é o vértice para o qual converge todo o ordenamento jurídico. Ela é o fundamento de validade do sistema normativo e seu conteúdo vincula toda a cadeia de normas, desde as leis ordinárias até as decisões judiciais. Em todo ato de concretização do direito está presente, ainda que nem sempre de maneira explícita, a força totalizante da Constituição⁶². Naturalmente, a coerência do

⁶¹ Aqueles que negam a identificação entre ativismo e erro judicial, fazem-no para defender a atuação ativista dos tribunais. A expressão acaba se convertendo em um eufemismo que dá suporte a um discurso de autolegitimação. Cf., DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto, **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. In FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Edições JusPODIUM, p. 460.

⁶² Luís Roberto Barroso expressa esta mesma ideia em outros termos: “Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

ordenamento depende de que cada uma das prescrições que lhe compõem esteja em conformidade com a norma constitucional, e é preciso que haja meios de garantir que qualquer incongruência seja devidamente sanada, a fim de restituir a unidade ameaçada. Foi esta a razão do desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis, que tem servido para garantir a supremacia da Constituição sobre todo o sistema normativo. Mas qual é exatamente a natureza desse controle? Quais as suas consequências para o ordenamento jurídico? Que tipo de resultados um erro no controle de constitucionalidade pode trazer?

A norma constitucional, como qualquer outra espécie normativa, disciplina a conduta das pessoas e enuncia valores socialmente apreciados; além disso, dispõe sobre o modo de produção das normas infraconstitucionais, atribuindo competências e definindo procedimentos a ser observados⁶³. Em outras palavras, traz prescrições de conduta e prescrições de estrutura. Em razão disso, é possível declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou porque seu conteúdo é contrário ao da Constituição, ou porque sua criação não seguiu o procedimento previsto pela norma constitucional. O primeiro tipo de controle é o que se chama material, o segundo tipo é o formal.

O controle formal de constitucionalidade é geralmente descrito como um processo estritamente jurídico, de feição técnica, pois se limita a examinar se as normas infraconstitucionais foram elaboradas em conformidade com as formas prescritas, isto é, se não foi violada nenhuma competência e se o equilíbrio entre as instituições é preservado. Já o controle material ultrapassaria a seara tipicamente jurídica e penetraria no ambiente da política, já que incide sobre o conteúdo da norma⁶⁴. Não há nada mais equivocado.

O trabalho do jurista nunca se limitou à aferição de competências ou a manutenção do equilíbrio institucional exclusivamente. Quando um tribunal, julgando determinado caso em segunda instância, anula a decisão de primeiro grau alegando o descumprimento da lei, também está exercendo uma forma de controle que incide sobre o conteúdo da norma, e nem por isso o ato é menos jurídico. Da mesma

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

⁶⁴ “Sua caracterização [do controle material] se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial.”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.299.

forma, quando um juiz deixa de aplicar uma regulamentação específica por ser ela contrária à Lei Ordinária, ele necessariamente expressa um juízo sobre o conteúdo das normas, dando eficácia a uma em detrimento da outra. Se há realmente um teor político no controle material de constitucionalidade, não é porque sua natureza seja política em vez de jurídica, mas porque direito e política são elementos indissociáveis um do outro.

Em certa medida, o próprio Kelsen admite a repercussão política do controle de constitucionalidade, mas adverte quanto aos argumentos com os quais se pretende demonstrar que esse tipo de controle não seria jurisdicional – todos eles partem de um pressuposto equivocado de que as funções jurisdicionais e as funções políticas são essencialmente contraditórias, quando na realidade a jurisdição é a simples continuação do exercício do poder⁶⁵. Na base deste engano, está aquela mesma concepção segundo a qual apenas a legislação seria “criação produtiva” do direito, e a jurisdição, mera aplicação ou reprodução⁶⁶.

Essencialmente, o trabalho da corte ou do juízo constitucional não é diferente do dos outros magistrados. O controle de constitucionalidade não passa de um mecanismo de adequação das normas infraconstitucionais ao sistema jurídico encabeçado pela Constituição. Não se trata de uma atividade que se diferencia, por sua natureza, daquela que um juiz de segundo grau pratica ao reformar uma sentença em via de apelação. Em ambos os casos, as instituições judiciárias estão exercendo uma modalidade de controle interno que tem o objetivo de manter a coerência do ordenamento.

Mas o controle de constitucionalidade traz, sim, aspectos problemáticos, principalmente em razão da natureza e da amplitude de seus efeitos. Se o erro judicial se dá no próprio controle de constitucionalidade, a sentença é, ao mesmo tempo, norma arbitrária autoaplicável e vinculativa. Elival da Silva Ramos descreveu esse processo como uma dupla deformação. Por um lado, deformação da normatividade constitucional, por outro lado, deformação do direito infraconstitucional fiscalizado⁶⁷. Isso significa que, apesar de o ativismo judicial não

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.250.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 251.

⁶⁷ “[...] o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída.”. RAMOS, Elival da Silva.

se limitar à atuação das cortes constitucionais propriamente ditas, é nela que ele atinge seu maior alcance, o que é ainda mais verdade quando se considera a posição que a Constituição ocupa no sistema normativo.

Quando se admite que controlar a constitucionalidade das leis é uma atividade essencialmente jurisdicional, surge um grande dilema: é possível controlar a juridicidade da atuação do poder judiciário quando este age em última instância e declara uma lei inconstitucional? As cortes constitucionais não seriam órgãos soberanos, uma vez que suas decisões não são passíveis de reforma? Questões como essas repercutem dramaticamente na análise sobre o ativismo judicial, mas só ressaltam o seu caráter perigosamente antijurídico.

Ainda que o órgão competente para declarar a inconstitucionalidade das leis não seja passível de controle e que suas decisões não possam ser reformadas – o que é verdade na maioria dos casos – nada autoriza a concluir que a natureza de sua atividade seja política, em vez de jurídica. Ao contrario, a repercussão **estritamente política** de sua atuação só ocorre quando a corte age em desconformidade com suas atribuições naturais.

3.2 O Ativismo Judicial no Brasil

Mesmo que a fórmula geral da atuação ativista corresponda à de um erro na prestação jurisdicional, não se pode ignorar que a própria lei – constitucional ou infraconstitucional – pode ampliar ou restringir as margens de atuação do Poder Judiciário. O elemento de discricionariedade que está presente em toda decisão pode ser maior ou menor a depender dos limites que o próprio sistema normativo impõe. Assim, o que seria ativismo em algum outro país pode não ser no Brasil. Isso depende exclusivamente da ordem de competências estabelecida pelo ordenamento brasileiro.

Este trabalho já tratou da abrangência do ativismo judicial, reconhecendo que o Poder Judiciário pode adotar posturas ativistas em qualquer de seus níveis de atuação. Mas também chegou à conclusão de que é no exercício da jurisdição

constitucional e, principalmente, no controle de constitucionalidade, que o ativismo alcança sua expressão mais acabada. Não é à toa que em toda parte se faça a associação quase que imediata entre o termo ativismo judicial e a atuação das cortes constitucionais. No Brasil não é diferente⁶⁸. Ao contrário, é justamente para o Supremo Tribunal Federal que as atenções se voltam quando se tenta tratar do tema no País.

Nos últimos anos, a Suprema Corte foi o cenário de profundas transformações no ordenamento jurídico brasileiro, algumas delas reconhecidamente marcadas por um traço de ativismo judicial. Mas a identificação do ativismo no Brasil é tarefa das mais laboriosas, já que é a própria ordem constitucional que encarrega o Supremo Tribunal Federal de resguardar e fazer cumprir os direitos e garantias gravados no texto constitucional⁶⁹. Estes direitos se apresentam muitas vezes sob a forma de princípios extremamente vagos, dando margem ampla para interpretação. Mesmo assim, o legislador constituinte munuiu o Poder Judiciário de poderosas ferramentas capazes de dar cabo desta tarefa – entre elas estão a Ação Direita de Inconstitucionalidade (por omissão, inclusive), o mandado de injunção, as súmulas vinculantes e assim por diante. Além disso, a Constituição traz inscrito, no inciso XXXV do artigo 5º, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Outro aspecto determinante para a centralidade da atuação do STF no sistema normativo é o fato de ter-se adotado, no Brasil, um modelo analítico de Constituição – um aspecto que já foi tratado anteriormente neste trabalho⁷⁰. Mas mesmo a conjunção deste fator com os outros já mencionados não faz do ativismo judicial uma prática razoável quando se tem caracterizado este fenômeno como uma espécie de erro judicial.

⁶⁸ Cf., Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto, **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**.

⁶⁹ Aqui se adota a distinção entre direitos e garantias apenas para fins didáticos. Mais tarde, será possível perceber que entre uma categoria e a outra não há verdadeira distinção ontológica.

⁷⁰ Cf. p.21.

3.2.1 O Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

A Constituição de 1988 consagrou o sistema misto de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, combinando o controle difuso, que vinha sendo aplicado desde o início da República; com o controle concentrado, próprio do sistema continental europeu, que já havia sido introduzido, no Brasil, pela EC n. 16/65. Mas também incorporou algumas novidades que modificaram as bases em que se assentam a revisão da legislação infraconstitucional. Além da visível ampliação do rol de legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), o constituinte originário incorporou mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) e o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e criou um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental⁷¹. Já a Emenda Constitucional, de 2004, permitiu a edição de Súmulas Vinculantes, acrescentando o artigo 103-A⁷² ao texto constitucional.

O quadro desenhado pelo constituinte compreende, portanto, o controle incidental ou difuso, exercido por qualquer juiz e tribunal, e o controle abstrato ou concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal, podendo ser exercido nas seguintes modalidades: a) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); c) ação declaratória

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

⁷² **Art. 103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

de constitucionalidade (art. 102, I, a); d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); e) ação direta interventiva (art. 36, III) ⁷³.

Em um sistema assim, é natural que o papel do poder judiciário ganhe um significado diferente, muito mais amplo, em que questões fundamentais para a vida da nação sejam decididas pelos órgãos da jurisdição. A própria teoria dominante dos direitos fundamentais, de índole dirigente e impregnada de moralidade política, contribui para uma atuação mais desinibida da corte ⁷⁴. Mas, ainda que abrangente, a função judiciária tem limites estabelecidos não só pela constituição, mas também pelas normas infraconstitucionais. São precisamente essas limitações que interessarão para o estudo do ativismo judicial no Brasil.

3.2.2 Decisões Manipulativas: Um Exemplo da Aplicação da Ideia de Ativismo como Erro Judicial à Luz do Direito Brasileiro

A pouco e pouco, a doutrina brasileira vem assimilando as categorias de atuação jurisdicional que, mais do que declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo, agem sobre seu significado, modificando-o, sem que seja necessário, para isso, alterar-lhe o texto. Este gênero de decisão é denominado, no direito italiano, de *decisioni manipolative*, mas também pode receber o nome de sentença intermediária ⁷⁵. Um breve olhar para a atuação recente do STF é suficiente para dar provas do impacto que estas decisões podem ter sobre o direito brasileiro. O julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, que estendeu a casais homoafetivos a possibilidade de realizar uniões estáveis, é um exemplo de como a Suprema Corte pode atuar para transformar o sentido de uma norma que é

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

⁷⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em Busca de um Conceito Fugidio – O Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Edições JusPODIUM e GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010.

⁷⁵ VARGAS, Denise. **As Decisões Manipulativas ou Intermédias na Jurisdição Constitucional** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/denisevargas/2011/11/29/as-decisoes-manipulativas-ou-intermedidas-na-jurisdiacao-constitucional>>. Acesso em 8.nov.2013.

objeto de controle – neste caso específico, o STF adicionou à norma infraconstitucional novos destinatários, por entender que sua exclusão violaria o princípio da isonomia.

Foi também a doutrina italiana que consagrou a classificação das decisões manipulativas em dois tipos básicos: as sentenças interpretativas, que acolhem ou rejeitam determinadas variantes interpretativas das normas que são objeto de controle; e as sentenças manipulativas em sentido estrito, em que se vê verdadeira resignificação do dispositivo analisado, seja por declarar inconstitucional uma omissão, seja por declarar inconstitucional uma lei que em vez de prescrever determinada coisa, prescreve outra⁷⁶.

No sistema brasileiro, as sentenças interpretativas foram expressamente acolhidas⁷⁷ pela Lei Federal n. 9868/99 que dispõe, em seu artigo 28, que:

“Art. 28. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do poder judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Por isso mesmo, já não se pode dizer que este gênero de decisão constitua, de per si, ativismo judicial. Aliás, aplicando-se a ideia de ativismo judicial como erro na prestação jurisdicional, a “interpretação conforme” é perfeitamente aceitável desde que não ultrapasse uma dupla limitação: em primeiro lugar, o texto do dispositivo preservado deve comportar a interpretação proposta pelo órgão julgante; em segundo lugar, deve-se proceder com a correta interpretação do próprio texto constitucional. Se pelo menos um desses requisitos não for cumprido, estará configurado o ativismo.

Já a análise das sentenças manipulativas em sentido estrito pode ser uma pouco mais complexa, já que não se encontra no ordenamento brasileiro nenhuma previsão que as admita ou proíba. Aqui há que se diferenciar duas modalidades distintas de sentenças manipulativas *stricto sensu*: as sentenças aditivas e as substitutivas ou criativas. No primeiro caso, a corte declara a inconstitucionalidade de uma norma por omitir algo que deveria estar expresso,

⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. Edição Eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2010. Seção I, p.128 de 155.

⁷⁷ *Ibidem*. Seção I, p.136 de155.

enquanto no segundo caso, a inconstitucionalidade é declarada se a norma previr determinada coisa e não outra diferente⁷⁸.

Elival da Silva Ramos defende que as sentenças manipulativas aditivas podem ser exitosamente utilizadas no campo das chamadas omissões relativas, isto é, nos casos em que o legislador regula determinada matéria de modo incompleto⁷⁹. Isso porque este tipo de técnica decisória se estrutura sempre sobre uma reconstrução, que acrescenta ao conteúdo da norma um elemento que a torna compatível com a Constituição. Mesmo assim, há limites reais à adoção desse gênero de sentença. Em primeiro lugar, o princípio ou norma que justifica a decisão deve ter eficácia plena, ademais, os dispositivos acrescentados devem ser textualmente compatíveis com este mesmo princípio ou norma⁸⁰.

Já nas sentenças substitutivas, elimina-se uma parte da norma, considerada inconstitucional e se acrescenta à parte remanescente um critério novo, que recomponha a constitucionalidade do ato normativo. Aqui, mais uma vez, não há diferença quanto aos critérios delimitadores da postura ativista: os dispositivos acrescentados devem ser textualmente compatíveis com o sentido original da norma, o dispositivo excluído deve ser totalmente incompatível com o texto constitucional e a norma que justifica a decisão deve ter eficácia plena.

Qualquer que seja o caso, o critério para delimitar se uma dada sentença manipulativa *stricto sensu* é caso de ativismo judicial é análogo aos utilizados para a “interpretação conforme”. Trata-se, por assim dizer, de um princípio de adequação, que não admite o erro judicial na interpretação das normas. Por um lado, o intérprete não pode atribuir eficácia plena às disposições que não a possuem, e por outro, não pode acrescentar discricionariamente um sentido específico ao texto normativo quando, por nenhuma técnica aceitável de interpretação, este significado pode ser inferido.

⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. Edição Eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2010. Seção I, p.138 de155.

⁷⁹ *Ibidem*. Seção I, p.141 de155.

⁸⁰ *Ibidem*. Seção I, p. 133 de155.

4 PARA ALÉM DO DIREITO? ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICA

Quem diz “tenho um direito” refere-se necessariamente a uma garantia para exercer um poder. Uma pessoa só pode dizer que tem direito à livre locomoção se, no mesmo instante em que diz, admite ter recebido uma garantia concreta, ou pelo menos uma promessa de garantia, de que poderá sair de um lugar e ir para outro sem que ninguém a impeça. Direitos e garantias não são categorias substancialmente distintas, mas uma só e mesma coisa enxergada de diferentes pontos de vista⁸¹. Para explicar isso, basta analisar mais detidamente a distinção que se costuma estabelecer entre os dois termos. A doutrina jurídica brasileira acolheu, sem muitas reservas, a ideia de Ruy Barbosa de que, enquanto os direitos fundamentais são disposições meramente declaratórias (bens ou vantagens específicas), as garantias contêm disposições assecuratórias (ferramentas necessárias para proteger os direitos)⁸². Mas nenhum direito existe efetivamente se não se pode garantir sua eficácia, e não se pode dizer que esta garantia já não está contida no próprio sentido originário do direito posto. Em categorias aristotélicas, pode-se resumir que todo direito é garantia em potência – uma possibilidade de garantia.

Bobbio diria, com toda a razão, que “Onde não há poder capaz de fazer valer as normas por ele estabelecidas recorrendo também em última instância à força, não há direito.”⁸³. De fato, se todo direito é uma garantia de exercício de poder, o que chamamos de ordenamento jurídico é a expressão de certas relações de poder particulares. Se o sistema normativo estabelece uma ordem de subordinações, também as formas de exercício de poder que ele representa estão subordinadas umas às outras. Quando, por exemplo, um cidadão tem qualquer direito violado, pode recorrer a um órgão judicial para que este lhe garanta o cumprimento da lei. O juiz ou a corte, analisando o caso concreto, deverá proferir uma decisão que deve ser cumprida em sentido favorável ao do autor, uma vez que, nessa hipótese, seu direito foi efetivamente violado. O cumprimento forçado é um ato de poder que se baseia em uma norma válida, a sentença. Mas a própria

⁸¹ CARVALHO, Olavo de. **Que é o Direito?** Em: <<http://www.olavodecarvalho.org/apostilas/direito.htm>>. Acesso em 5.nov.2013.

⁸² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.432.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2009, p.232.

decisão judicial é também um ato de poder, que precisa ser garantido por outra norma. Como se demonstrou anteriormente, é a norma superior que autoriza a norma derivada, mas a efetivação da norma superior é igualmente um ato de poder que precisa ser garantido por outra norma, e assim por diante.

Isso significa que não apenas as normas são subordinadas umas às outras, mas também os atos de poder que elas exprimem se articulam em um sistema de subordinação. Daí a conclusão de Olavo de Carvalho ao dizer que:

[...] não apenas o sistema jurídico total é hierárquico em si, no sentido lógico de um sistema dedutivo que desce das normas fundamentais às normas derivadas, na acepção de Kelsen, mas, como prática e realidade ele só existe enquanto aspecto e expressão do sistema total de poderes, sendo portanto duplamente hierárquico⁸⁴.

Toda hierarquia, adverte o mesmo Olavo de Carvalho, é “subordinação do múltiplo ao uno”⁸⁵. Kelsen, sem dúvida nenhuma, tinha isso em mente quando propôs sua Teoria da Norma Fundamental. A ideia era promissora. Ao mesmo tempo em que respondia à necessidade de unificação do sistema jurídico, resolvia o problema lógico da regressão *ad infinitum* quanto ao fundamento de validade. Mas estes mesmos questionamentos reaparecem quando se inclui, nesta equação, o sistema de poderes representado pelo direito. O exercício do poder que atua para garantir um direito é, ele mesmo, um direito do sujeito que o exerce e precisa ser garantido por um poder ainda maior, o que leva igualmente a um recuo ao infinito. Para resolver este problema, a norma fundamental precisaria ser concomitantemente ato de puro poder e norma pura. Isto é, um poder autovinculativo ou “autonormatizante”. É claro que uma noção como essa escapa completamente ao domínio do pensamento jurídico – este mesmo trabalho já mencionou que a unidade da ordem jurídica é metajurídica, vai para além do direito⁸⁶ – mas não se pode deixar de notar as semelhanças entre esta ideia e uma outra, que é própria da ciência política: a de soberania.

Isso reforça o entendimento, já bem difundido, de que o sistema jurídico é produto do poder político⁸⁷. A existência e a efetividade de um ordenamento

⁸⁴ CARVALHO, Olavo de. **Que é o Direito?** Em: <<http://www.olavodecarvalho.org/apostilas/direito.htm>>. Acesso em 5.nov.2013.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Cf. p.33.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2009, p. 233.

dependem de um ato político que estrutura a forma como todas as relações de poder são exercidas. É somente a partir dessa constatação que se pode prosseguir com o estudo das relações entre política e direito.

4.1 Ativismo Judicial e Sistema de Poderes

Toda manifestação de ativismo judicial provoca um desequilíbrio no sistema jurídico, uma vez que gera uma norma autoaplicável, incompatível com o ordenamento e que não extrai sua validade de nenhuma outra norma⁸⁸. Mas, reconhecendo isso, também não seria necessário reconhecer que o ativismo judicial causa uma desordem no sistema de poderes que o ordenamento expressa? Não é verdade que, se as normas de um ordenamento qualquer estão subordinadas umas às outras, os atos de poder que elas representam estão igualmente ligados por uma relação de subordinação?

O direito é o resultado de um poder político que se ordena, que impõe limites para si mesmo. É uma espécie de poder passivo. Tende a dispersar e nivelar o poder político, que é, em última análise, o poder da força ou da violência⁸⁹, e faz isso na medida em que estabelece relações de poder em que um poder menor se submete a um poder maior, e este, a um poder ainda maior, em uma sequência que se prolonga até o poder soberano. Mas a natureza do vínculo que existe entre os atos de poder que são exercidos em decorrência do sistema normativo não é a validade, como no caso das normas jurídicas, e sim a legitimidade ou a autorização.

Em um sistema político-jurídico, um ato de poder só pode ser considerado legítimo se encontrar seu fundamento último no ato de poder originário que sustenta todo o sistema, o que se chama de soberania. O erro na prestação jurisdicional, ou, mais precisamente, o ativismo judicial, cria uma relação de poder que não pode ser inferida desse mesmo sistema. Ao contrário, só pode ser representado como a inversão da titularidade do poder político. Em uma democracia como as modernas, o magistrado que age de maneira ativista se substitui ao poder soberano do povo, impondo sua própria vontade, em detrimento da vontade geral.

⁸⁸ Cf. p.37.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2009, p. 221.

A decisão ativista padece, portanto, de uma dupla carência. Carece de validade, pois não se insere no sistema escalonado de validação normativa, e, ao mesmo tempo, carece de legitimidade, pois inverte a relação de poderes esperada pelo sistema político-jurídico que lhe produz. Conseqüentemente, as formas de controle que tentam reestabelecer a coerência do sistema normativo, tentam também recuperar a relação de legitimidade violada. Se, no entanto, verifica-se a existência de um órgão que não se submete a nenhum tipo de controle, como é o caso das cortes constitucionais, todo o esquema de relações de poder pode ser comprometido em casos de erro ou abuso. Por isso são tão problemáticas as discussões sobre os limites da atuação jurisdicional, e por isso as tensões entre soberania popular e constitucionalismo tem sido objeto de tantas reflexões.

4.2 Democracia e Constitucionalismo, ou entre Cila e Caríbdis

O termo soberania pode ser usado de duas formas diferentes. Em primeiro lugar, pode designar todo o conjunto de relações de poder que existe de fato em uma dada sociedade. Entendida assim, soberania não é tanto um conceito abstrato, mas um sistema real que possibilita cada um dos atos de poder efetuados por indivíduos ou grupos. Mas há ainda um segundo emprego possível para o termo, muito mais comum inclusive, que é o que o insere em um discurso de autojustificação. Nesse caso, a palavra soberania não é utilizada para descrever a realidade ou para representar as coisas como são de fato, e sim para retratar como se gostaria que as coisas fossem ou, neste caso específico, como se desejaria que as relações de poder se ordenassem no seio da sociedade.

Toda forma de governo reflete esta mesma dicotomia. Ao mesmo tempo em que é um regime real de poder, cheio de incoerências e de incertezas, é também um projeto que busca se concretizar. A democracia, por exemplo, procura, na medida do possível, diluir, nas mãos do maior número de pessoas, os meios para exercer o poder. Mas, na prática, esta dissolução nunca é total. A maior prova disso é que, em todas as formas de Estado democrático que apareceram ao longo da história, houve, em maior ou menor medida, o fenômeno da liderança. Se há um

líder que deve garantir o funcionamento do sistema, ele deve receber um poder maior que o das outras pessoas⁹⁰.

Por conta de contradições dessa ordem, o pensamento político do ocidente acostumou-se a chamar de democracia, não um governo em que o poder se reparte igualmente entre os cidadãos, mas um sistema que possui certas características institucionais: uma ordem constitucional, pluralidade de partidos, liberdade de imprensa etc. Em última análise, uma democracia real não é um sistema em que se consegue promover a igualdade dos cidadãos no exercício do poder, mas aquele onde se consegue, da melhor forma, atenuar as desigualdades e recompor as possíveis desordens em um sistema geral de poderes que coincida com a soberania popular.

Para que sejam legítimos, os atos de poder de uma sociedade democrática não podem ser contrários ao poder político originário que lhes torna possível, isto é a soberania do povo. Como esse poder é diluído, uma das principais características de qualquer democracia é a desconcentração institucional. Quanto mais descentralizado o poder, maiores são as garantias de que o poder de uns poucos não sobrepujará o poder da coletividade. Montesquieu percebeu isso com muita clareza, e, depois dele, os *Federalists* norte-americanos. Mas a história das instituições democráticas torna as coisas muito mais complexas do que pode parecer a princípio.

Se Alexis de Tocqueville tinha razão ao prever “o advento próximo, irresistível e universal da democracia no mundo”⁹¹, também não teria errado se usasse os mesmos termos para descrever o avanço do constitucionalismo. É difícil imaginar hoje uma democracia que não esteja fundada em uma Constituição, não importa de que tipo. Mesmo no Reino Unido, onde nunca vigorou uma constituição escrita, é possível encontrar um conjunto de usos, costumes, leis, convenções e até

⁹⁰ Kelsen mostra que “não se pode, por certo, negar que em um Estado democrático exista o fenômeno da liderança, que a forma democrática de governo não impeça, ainda que não favoreça, o surgimento de líderes poderosos que possam obter o apoio entusiástico das massas. Tampouco se pode negar que a ascensão de tal personalidade talvez resulte na supressão dessa forma de governo e em sua substituição por uma autocracia declarada ou por uma ditadura que se pretenda uma democracia.”. KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 190.

⁹¹ Livremente traduzido do original: “[...] l’avènement prochain, irrésistible, universel de la démocratie dans Le monde.”. TOCQUEVILLE, Alexis de, **De la Démocratie en Amérique**. GF Flammarion, Paris, 1981, p. 53.

precedentes jurisprudenciais que constituem uma autêntica norma constitucional, uma *unwritten constitution*⁹².

Não raramente, a constituição é considerada como a primeira expressão do poder que limita a si próprio. Não se está falando de qualquer poder, mas do poder soberano do povo, que ergue barreiras entre as quais o jogo político deve acontecer. Assim, toda a atividade política que se desenvolve em um estado constitucional submete-se necessariamente às disposições da constituição⁹³. Mas daí surge a pergunta: não seria a própria constituição limitada pela vontade popular? Não há, obrigatoriamente, um poder superior que a sustenta e lhe dá legitimidade? Se a constituição é o limite real da atividade política, o órgão que a interpreta e aplica não seria o verdadeiro soberano?

No debate acadêmico, estas questões são resolvidas pela admissão da teoria clássica do poder constituinte, cuja origem é a obra *Qu'est-ce que le tiers état*, do abade de Sieyès⁹⁴. Apenas o poder constituinte originário seria a expressão plena da soberania popular: o poder constituído estaria subordinado a ele, o que inclui o próprio legislador ordinário. A interpretação da Constituição, feita pelo Judiciário, serviria apenas para conformar o exercício do poder político e, conseqüentemente, todo o ordenamento, à vontade soberana do povo, expressa na norma constitucional.

O que a teoria do poder constituinte faz, no fim das contas, é tomar a ideia de que os atos políticos não podem ser contrários ao ato de poder originário que lhes torna possível, não em sentido ontológico, mas em sentido cronológico. No entanto, o que se chama de ato fundante não é uma ação que se pode identificar no tempo e no espaço, e sim a ação constante da soberania do sistema total de poderes. E se esta ação é constante, nada justifica que se estabeleça uma diferença arbitrária entre poder constituinte e poder constituído.

Há ainda outro problema. Mesmo que se admita a teoria do poder constituinte, o que fazer quando o órgão que viola a Constituição é a própria corte constitucional, ou o órgão que deve fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos? Como reestabelecer o poder soberano do povo nos casos de erro

⁹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

⁹³ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a Análise de Questões Jurídicas pelo Judiciário à Luz do Princípio Democrático**. Tese (Doutorado) – Universidade de Fortaleza, 2011, p.42.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.145.

judicial, ou, mais precisamente, de ativismo judicial nesses órgãos? Responder a essas questões parece ser o grande desafio do constitucionalismo e, porque não dizer, do pensamento político moderno.

A impossibilidade de fiscalização dos atos da corte constitucional ou de qualquer órgão equivalente não é um problema menor para as democracias modernas. Como o sistema democrático está baseado em um movimento de desconcentração progressiva do poder, qualquer inversão no sistema político resultará, por óbvio, em centralização. É o que acontece quando a prática do ativismo judicial se difunde a partir do topo do Poder Judiciário. Quando a corte suprema excede nas suas funções de garantir e efetivar o direito e passa a promover toda sorte de mudanças no sistema normativo, o que faz é trazer para si as prerrogativas de poder soberano, invertendo a titularidade do poder político.

A expansão do ativismo judicial acaba incorporando ao jogo político fortes traços de aristocracia. O deslocamento do poder soberano para um órgão composto, na melhor das hipóteses, por uma ou duas dúzias de pessoas diferenciadas pelo “notório saber jurídico” não é exatamente o que se espera em uma democracia. Esse processo foi descrito por Ingeborg Maus, em categorias próprias da psicanálise, como sendo a usurpação política da consciência, que se processa pela desqualificação da base social⁹⁵.

A recomposição das forças políticas em favor da soberania popular não é tarefa simples. Claro que há sempre uma alternativa disponível, que é a autocontenção. É uma via que pressupõe, antes de qualquer coisa, prudência e comedimento dos órgãos da jurisdição na aplicação do direito e que tenta evitar intromissões intensas na organização política da sociedade. A grande dificuldade desta proposta é sua falta de embasamento jurídico, uma vez que não há dispositivo claro que recomende ao poder judiciário restringir sua atuação. Confiar na autocontenção judicial como um remédio para as tensões entre jurisdição e soberania não deixa de ser uma postura meio ingênua. Não é algo muito diferente do que deixar o galinheiro aos cuidados da raposa.

O sistema constitucional que hoje vigora na maior parte dos países já admite algumas medidas tímidas que tentam aumentar o grau de legitimidade da

⁹⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP, n.58, p. 183-202, nov. 2000, p. 201.

prestação jurisdicional. Fala-se em eleição direta para compor as cortes constitucionais; em aumento do número de juízes nas supremas cortes; em composição plural dos tribunais, de modo que os diversos estratos da sociedade sejam representados, e a lista continua. No Brasil, a experiência do constitucionalismo tem-se aprofundado em muitos sentidos. A sociedade tem sido chamada a contribuir com o Poder Judiciário em audiências públicas cada vez mais frequentes. A atuação do Supremo Tribunal Federal é acompanhada de perto pela população através dos meios de comunicação e das redes sociais. Destacam-se os *Amici Curiae*. Mas nenhuma atitude acanhada parece ser capaz de dar uma solução adequada ao problema.

Nesses momentos de desorientação e assombro, a solução sempre parece estar em um modelo de sociedade alternativo, uma nova forma de pensar a política e o direito. Mas é aí que reside o dilema do pensamento jurídico e político. Na evolução concreta das democracias modernas, apenas o constitucionalismo foi capaz de oferecer bases sólidas para superar o absolutismo e a tirania, mas, ao mesmo tempo, o sistema desenvolveu contradições perigosas para o próprio regime democrático de governo. É no meio deste embate que o jurista e o cientista político desenvolvem seu trabalho, numa arriscada travessia entre Cila e Caríbdis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre erros e acertos, as reflexões sobre ativismo judicial vão ganhando força no Brasil. Como é natural no ambiente acadêmico, as reações são diversas, desde as mais entusiastas, que enxergam no ativismo uma forma de corrigir eventuais contradições do sistema democrático, até as mais céticas, que reconhecem os graves riscos que este tipo de prática pode acarretar; havendo, por certo, um amplo espaço para os matizes intermediários entre uma posição e outra. Na prática judiciária não é diferente. Em toda parte, há juízes que se destacam pela postura mais ativista e juízes comedidos, que procuram não se exceder no exercício de sua função de aplicadores do direito. Em meio a essa grande confusão, o papel do estudioso é elucidar, instruir, cientificar – basicamente, tornar as coisas um pouco mais claras. Suas ferramentas são muito escassas, ele não dispõe de muito mais do que de seu intelecto e de sua vontade, e isso deve bastar.

Foi com esse espírito de esclarecer as imprecisões no debate sobre o ativismo judicial que este trabalho começou. Partindo da experiência mais básica da atividade da jurisdição, que é a própria sentença, tentou-se construir uma base sólida para a análise do fenômeno do ativismo. Aos poucos, foram ficando cada vez mais claras a articulação entre decisão judicial e ordenamento e as possíveis desordens que uma decisão inadequada pode trazer.

Com efeito, o ativismo só pode existir enquanto atributo de um ato de prestação jurisdicional. Tem de assumir necessariamente a forma de uma norma individualizada aplicável ao caso concreto e é na condição de norma que tenta se inserir no ordenamento jurídico. Mas, por traz de toda atuação ativista, existe uma manipulação deliberada de conteúdo que torna o ato decisório incompatível com o sistema jurídico que lhe deu origem. No fim das contas, o magistrado se aproveita da lei para finalidades que, não só não estão previstas, como, no mais das vezes são completamente rejeitadas pelo ordenamento. Trata-se de uma autêntica *decisio contra legem* – de um erro judicial cujo resultado é uma desordem difícil de reparar, especialmente se originada nos órgãos superiores da jurisdição, que, por definição, estão sujeitos a pouca ou nenhuma fiscalização.

Naturalmente os limites para a atuação do magistrado encontram-se na própria lei. Não se imagina um sistema jurídico que estabeleça regras de conduta sem

igualmente distribuir competências, instaurar órgãos de fiscalização e até estabelecer métodos de interpretação específicos para solucionar problemas. No Brasil, é preciso reconhecer que estes limites são muito maleáveis. O modelo de Constituição que o País adotou acabou conferindo ao Poder Judiciário um grau incomum de discricionariedade, especialmente no exercício do controle de constitucionalidade. Mas, ainda que o sistema adotado na constituição de 1988 dê ampla margem para a interferência do Poder Judiciário no sistema normativo, não deixa de haver alguns limites para sua atuação. Quando esses limites são ultrapassados, e a jurisdição se afasta dos ditames da lei, é que se configura o ativismo judicial e se instala a desordem normativa decorrente.

É claro que o ativismo judicial não repercute apenas na esfera jurídica. Não existe direito fora da sociedade política, nem independente do conjunto de relações de poder que se desenvolvem dia a dia. Cada inversão ou desarranjo no ordenamento jurídico tem seu equivalente no sistema geral de poderes. Isso quer dizer que a decisão ativista não é apenas inválida do ponto de vista lógico-jurídico, mas é também um ato de poder ilegítimo, que corrompe as relações de poder.

Transportando essa ordem de raciocínio para os sistemas democráticos – naturalmente descentralizadores – só se pode concluir que o ativismo judicial acaba incorporando um elemento marcadamente aristocrático na prática política, e nem sempre em seu melhor sentido, é preciso dizer. Esta constatação se torna ainda mais evidente quando se considera que a forma de organização das grandes democracias, ao redor do mundo, é a do Estado Constitucional, em que, quase que invariavelmente, o controle definitivo das normas e dos atos normativos é confiado a um único órgão da jurisdição, que não se submete a nenhuma forma de controle de seus atos.

Eis o grande dilema das democracias modernas: a forma de Estado Constitucional que possibilitou seu relativo sucesso traz em si elementos de contradição que podem ferir de morte o regime democrático. Sem um arranjo sábio, que amenize estas incoerências, o ideal de democracia que animou as últimas gerações pode se converter na descrição que o poeta inglês Oscar Wilde fez dele: “o desencanto do povo, pelo povo, para o povo”.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a Análise de Questões Jurídicas pelo Judiciário à Luz do Princípio Democrático**. Tese (Doutorado) – Universidade de Fortaleza, 2011.

ARISTÓTELES, **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva.

BESERRA, Antonio Patrick e Silva. **Direito Natural e Experiência Moral**. Texto inédito, 2011.

BLACKSTONE, Sir William, **Commentaries on the Laws of England**. New York, 1894, Banks & Brothers.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.

_____. **Teoria Geral da Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05.10.1988.

_____. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em 18.out.2013.

BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean e LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Introduction generale a l'etude du droit**. Paris: Sirey, 1947.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Olavo de. **Que é o Direito?** Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/apostilas/direito.htm>>. Acesso em 5.nov.2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **The United States Constitution: The Full Text with Supplementary Materials**, Dover Publications, Mineola, New York, 2009.

FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Edições JusPODIUM.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010.

GREEN, Craig, An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v.58, No.5, 2009.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, **The Federalist Papers**. London, 1987, Penguin Books.

KADISH, Sandford, A Note on Judicial Activism. **Utah Law Review**, v.6, 1959.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito** 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan, D., The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, **California Law Review**, v.92, No.5, 2004.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP, n.58, p. 183-202, nov. 2000.

MCWHINNEY, Edward, The Great Debate. Activism and Self-restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-making. **New York University Law Review**, v. 33, 1958.

MONTESQUIEU, **De l'Esprit des Lois**. Paris, Éditions Gallimard, 1995.

PEDROSO, Antonio Carlos. **Normas Jurídicas Individualizadas: teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. Edição Eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

RECASSÉNS SICHES, Luis, **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 17. ed. México: Porrúa, 2003.

TASSINARI, Clarissa, **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limitações da Atuação do Judiciário**. Edição Eletrônica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 7, No. 3, 1893.

TOCQUEVILLE, Alexis de, **De la Démocratie en Amérique**. GF Flammarion, Paris, 1981.

VARGAS, Denise. **As Decisões Manipulativas ou Intermédias na Jurisdição Constitucional.** 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/denisevargas/2011/11/29/as-decisoes-manipulativas-ou-intermedidas-na-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em 8.nov.2013.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

YATES, Robert, **The Anti-Federalist Papers and The Constitutional Convention Debates.** Edição eletrônica. New York, Signet Classics, 2003.