

## **ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA DEFINIÇÃO**

### *JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL: A DEFINITION*

**Vitor Soliano<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Criatividade como fator inescapável da atividade judicante; 2 Normatividade constitucional e adoção do substancialismo: o papel do poder judiciário no constitucionalismo contemporâneo; 3 Ativismo judicial: uma definição; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

#### **RESUMO**

O presente ensaio procura estabelecer uma delimitação conceitual de Ativismo Judicial no contexto do constitucionalismo contemporâneo a partir de uma abordagem teórica. Entendendo que essa conceituação passa pelo abandono de concepções metodológicas ingênuas ou ultrapassadas, pela adequação às opções institucionais feitas ao longo da história e à atual feição do constitucionalismo e pela consciência do quadro estrutural e normativo desenhado pelo ordenamento pátrio, conclui pelo caráter prioritariamente epistêmico da noção de Ativismo Judicial aduzindo que este envolve a ausência de controle da criatividade do momento decisório acarretando a perda de autonomia do sistema jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial. Hermenêutica. Autonomia do sistema.

#### **ABSTRACT**

This essay aims to establish a conceptual delimitation of Judicial Activism in the context of contemporary constitutionalism and from a theoretical approach. Understanding that this concept needs the abandonment of naive or outdated methodological concepts, the adequacy of choices made throughout history and the current feature of constitutionalism and the awareness of the structural and regulatory framework designed by the paternal order, the essay states that the character of the notion of Judicial Activism has a epistemic priority adding that this involves the lack of control of the creativity of the moment decision resulting in the loss of autonomy of the legal system.

**KEYWORDS:** Judicial Activism. Hermeneutics. System autonomy.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Especialista em Direito Público pelo JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Advogado. Email: [vitor.soliano@gmail.com](mailto:vitor.soliano@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos uma temática até então estranha às preocupações dos constitucionalistas brasileiros passou a ser assunto fundamental. Trata-se do Ativismo Judicial.

Atribui-se o surgimento da expressão (*Judicial Activism*) a um artigo da autoria de um jornalista estadunidense chamado Arthur Schlesinger Jr. publicado em janeiro de 1947 na revista *Fortune*. O autor, em seu texto, analisava a atuação da Suprema Corte daquele país em relação ao controle de constitucionalidade das leis do *New Deal* do Presidente Roosevelt. Segundo ele haviam dois grupos de juízes: os ativistas e os que apregoavam a autocontenção judicial<sup>2</sup>. A expressão, portanto, surge sem preocupações científicas e, desde então, passou a designar uma determinada forma de atuação judicial.

Parece incontroverso dizer que só é possível falar em Ativismo Judicial no Brasil a partir da Constituição Cidadã<sup>3</sup>. Até então a atuação do Poder Judiciário na defesa e concretização das normas constitucionais era altamente reduzida. Só a partir daí é que conceitos como *Supremocracia* passam a fazer sentido<sup>4</sup>.

Este texto constitucional colocou, portanto, uma série de questões novas ao constitucionalismo brasileiro. Dentre elas deve destaca-se a progressiva judicialização da política e, principalmente, o Ativismo Judicial.

Luis Roberto Barroso faz uma conhecida distinção entre as duas expressões. Para o autor a judicialização é uma consequência inevitável do modelo de constituição e de Estado adotado pelo Brasil em 1988. Trata-se da transferência, para o Poder Judiciário, de diversas questões antes afeitas às instâncias políticas. Afirma que a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de

---

<sup>2</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 24 e 32.

<sup>3</sup> Nesse sentido STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23-24.

<sup>4</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, 4(2), jul/dez 2008, p. 441-464.

controle de constitucionalidade adotado por nós impulsionam para esse fenômeno<sup>5</sup>.

O Ativismo, em outro giro, estaria relacionado a uma escolha, uma forma de interpretar e aplicar a Constituição. Estaria marcado pela aplicação direta do Texto Magno, pela declaração de inconstitucionalidade de leis com base em critérios pouco rígidos e pela "imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas"<sup>6</sup>

A obra monográfica produzida no Brasil mais importante sobre o tema certamente é o livro do professor Elival da Silva Ramos<sup>7</sup>. Não obstante não concordarmos com alguns de seus pressupostos teóricos, conforme ficará claro ao final, parece imprescindível trazer a conceituação de Ativismo Judicial do renomado autor:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, além mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes<sup>8</sup>.

E em outra passagem:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição & Ativismo Judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 276-278.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, p. 279.

<sup>7</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>8</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 116-117, destaque do original.

ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes<sup>9</sup>.

Parece-nos que esta conceituação, embora aparentemente correta, é incompleta. A nossa proposta é demonstrar que a delimitação conceitual de Ativismo Judicial possui um fundo muito mais teórico do que empírico ou visível e intimamente ligado com o momento da decisão judicial<sup>10</sup>.

A busca pela delimitação conceitual do Ativismo Judicial ou pela caracterização de uma postura judicante ativista deve perpassar, em nosso sentir, por três questões: abandono de concepções metodológicas ingênuas ou ultrapassadas; adequação às opções feitas ao longo da história e à atual feição do constitucionalismo e; consciência do quadro institucional e normativo desenhado pelo ordenamento pátrio. O foco do presente estudo são as duas primeiras questões. A terceira será referida brevemente.

Quando falamos em ciência do quadro institucional e normativo queremos nos referir à "cara" que foi dada (e "por quem" foi dada) ao Poder Judiciário brasileiro e, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal. Ou seja, se Ativismo Judicial significa, mesmo em sentido amplo, interferência do Poder Judicante em áreas reservadas tradicionalmente aos poderes representativos é preciso averiguar como, normativa e institucionalmente, isso foi possível.

Um rápido exame na estrutura constitucional e legal revela que o aumento dos poderes do Poder Judiciário não se deve exclusivamente a ele, mas, principalmente àquele que sofre mais com o Ativismo: o Poder Legislativo. Senão vejamos.

Não foi o Judiciário quem decidiu que cabe ao STF a guarda da Constituição. Não foi o STF que se atribuiu a competência de julgar, originariamente, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratórias de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de

---

<sup>9</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 129.

<sup>10</sup> Importante dizer que o referido autor não ignora a questão teórica e hermenêutica de fundo. Contudo, parece não considerá-la a mais importante.

Inconstitucionalidade por Omissão. Não foi o Supremo Tribunal Federal quem ampliou o rol de legitimados para propor essas ações. Não foi o STF quem estabeleceu, expressamente, o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* para as decisões tomadas nos julgamentos dessas ações. Não foi, ainda, o Poder Judiciário que criou as súmulas com efeito vinculante, o controle difuso de constitucionalidade e o Mandado de Injunção. Todas essas competências e possibilidades (para ficar apenas em sede de controle de constitucionalidade) que, inegavelmente, ampliam a força e a importância do poder jurisdicional, foram criadas pelos poderes representativos em especial pelo Poder Legislativo, seja como constituinte originário, derivado ou legislador ordinário<sup>11</sup>.

O objetivo do presente estudo é analisar a questão do Ativismo Judicial a partir de um enfoque teórico e voltado para o momento decisório. Contudo, não poderia deixar de mencionar e destacar que, de partida, o sistema jurídico brasileiro, modelado pelos poderes representativos, coloca uma forte carga de responsabilidade sob as costas do Poder Judiciário. Caracterizar decisões ou posturas como ativistas não podem, no Brasil, deixar este fator de lado.

Por fim, deve ser dito que a expressão Ativismo Judicial designa, para nós, uma atuação ilegítima do Poder Judiciário. Ou seja, para nós não há “bons ativismos”.

## **1 CRIATIVIDADE COMO FATOR INESCAPÁVEL DA ATIVIDADE JUDICANTE**

Como se sabe, o constitucionalismo moderno<sup>12</sup> é marcado por duas características básicas: limitação do poder e garantia de um núcleo de direitos

---

<sup>11</sup> Fundamental, portanto, a lição de Marcelo Neves ao afirmar que eventuais excessos de judicialização (Ativismo Judicial) ou o surgimento de uma politização do judiciário devem ser compreendidos no marco das competências constitucionais (e legais, acrescentaríamos) atribuídas ao Poder Judiciário (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 235-236).

<sup>12</sup> J. J. Gomes Canotilho assevera que é possível distinguir o constitucionalismo moderno de um constitucionalismo antigo, representado pelos tirocínios políticos do mundo da Antiguidade Clássica principalmente os gregos e romanos (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 52).

fundamentais<sup>13</sup>. A limitação do poder ficou, desde o princípio, a cargo da separação de poderes estatais<sup>14</sup>. Tal entendimento restou positivado no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa de 1789 ao afirmar que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. A separação de poderes, portanto, é uma das maiores expressões do constitucionalismo.

O conceito de separação de poderes não foi uma formulação inovadora e espontânea dos primeiros constituintes modernos. A ideia foi gestada ao longo dos séculos e recebeu influência de grandes nomes da história da ciência política<sup>15</sup>. Não obstante a importância desses nomes é indiscutível que a fórmula mais acabada e que mais influenciou o Ocidente foi a produzida por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis*<sup>16</sup>.

A proposta de Montesquieu é datada. Quer isto dizer que ela pretendia resolver um problema do seu tempo e foi influenciada pelas concepções teóricas e políticas então vigentes. A necessidade política maior era retirar força política do soberano e atribuí-la ao povo, ainda que na forma do sistema representativo.

O contraponto ao Leviatã, evidentemente, é atribuir a maior responsabilidade do Estado a um órgão que seja a encarnação da vontade popular, ou seja, o Poder Legislativo. Abaixo dele encontram-se os outros poderes, assumindo o poder Judiciário uma função extremamente tímida, fato devido à alta desconfiança com

---

<sup>13</sup> O constitucionalismo, em seu núcleo, seria uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 51, destaques do original.

<sup>14</sup> VALDÉS, Roberto Luis Blanco. **O valor da Constituição**. Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal. Traduzido por Margarita María Furlong. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3: “Desde o início o conceito de Constituição aparecerá, então, vinculado à afirmação da separação dos poderes do Estado”.

<sup>15</sup> Miguel Calmon Dantas faz referência à Aristóteles, Kant, Rousseau, Locke e Montesquieu. CALMON DANTAS, Miguel. Poderes Separados ou Concentrados: Novos Sentidos da Vetusta Separação de Poderes. In **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Vol. 2. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, p. 119-120.

<sup>16</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

a pessoa do juiz, antigamente ligado ao monarca. Como ensina Celso Fernandes Campilongo

ao Legislativo era atribuída a verdadeira função de governo. O Executivo e o Judiciário eram poderes coadjuvantes do protagonismo político do Legislativo. No processo de superação do antigo regime absolutista, a tese da divisão dos poderes, com o destaque conferido ao Legislativo, surge como fórmula capaz de atingir os seguintes objetivos: deslocar o centro da decisão política para uma arena na qual a burguesia tinha assento (o Parlamento); impor limites à atuação do monarca, isto é, controlar o Executivo; dotar o Judiciário de uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecido<sup>17</sup>.

Parece não restarem dúvidas quanto à crença da tradicional teoria da separação de poderes de que as três funções do Estado são bem determinadas e de que é possível estabelecer fronteiras definidas para a atuação de cada órgão na sua respectiva função<sup>18</sup>. Dito em outros termos, é possível concluir que a teoria pressupõe ser possível uma clara separação entre atos políticos e atos jurídicos<sup>19</sup>.

Esse contexto, somado à característica menos complexa da sociedade de fins do século XVIII, possibilita o surgimento da noção de "legislador racional" e, por via de consequência, um sistema jurídico racionalizado, completo, não contraditório, sem lacunas ou antinomias<sup>20</sup>. Arelado ao "legislador racional" está o "juiz boca da lei" a quem cabe somente a aplicação rígida e linear do fato à norma (que é clarividente, lembre-se)<sup>21</sup>. Assim, é perceptível, e não poderia deixar de ser, a forte relação que há entre o pensamento de Montesquieu e a construção da

---

<sup>17</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-32.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. Traduzido por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 385.

<sup>19</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. O novo Código Civil e as políticas públicas: uma análise da desapropriação judicial. **Direito UNIFACS**. v. 102, dez, 2008. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/73>, acessado em 11/07/2011, p. 19.

<sup>20</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 34-35.

<sup>21</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 35.

Escola jurídica que balizará os primeiros passos do positivismo: a Escola de Exegese.

A forma de aplicação do direito pelo poder Judiciário proposto e difundido pela Escola de Exegese pretendia impedir que qualquer tipo de "criação normativa" fosse dada a este poder, já que o papel de criação da norma era exclusividade dos representantes do povo. Assim, o silogismo científico foi adequado ao direito, criando-se a aplicação do direito por subsunção do fato à norma<sup>22</sup>.

Estará salva, portanto, a legitimidade do direito. Nas palavras de Celso Fernandes Campilongo a "justificação normativa do Estado de Direito está vinculada a uma imagem bastante precisa da magistratura e da tarefa de interpretação e aplicação do direito", possibilitada pela "construção de uma teoria da interpretação como atividade de conhecimento (e não de decisão, ou seja, não política) e de descrição de normas (e não de criação). Nessa teoria formalista da interpretação, o Judiciário não exerce poder normativo ou político"<sup>23</sup>. Wálber Araujo Carneiro arremata tal entendimento ao dizer que a "legitimação do Judiciário se edifica na modernidade burguesa sob o mito da aplicação mecânica do direito"<sup>24</sup>.

Ou seja, a tensão existente entre a abstração da legislação e a contingência da aplicação do direito era resolvida pelo método da subsunção proposto pela Escola de Exegese ao tentar garantir a legitimidade da atuação do poder Judiciário frente a (evidente) legitimidade do legislativo. Portanto, o núcleo da tradicional teoria da separação de poderes (de base eminentemente francesa), principalmente no que diz respeito à relação entre Legislativo e Judiciário, é a crença na possibilidade de se enxergar uma verdade no texto emitido pelo poder legislativo e a aplicação do direito via subsunção. Há uma relação inquebrantável entre a tradicional teoria da separação dos poderes, a possibilidade de evitar a criatividade judicial e a Escola de Exegese.

---

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 67 e 80.

<sup>23</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 43.

<sup>24</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 263.



O mito da aplicação mecânica do direito, da possibilidade de barrar a criatividade judicial e de função a função do intérprete apenas descreve significados não resistiu ao passar dos anos. Sua refutação ocorre pelas mais diversas matrizes teóricas. Em verdade, esse mito começou a soçobrar diante do próprio positivismo.

Hans Kelsen entende que todo e qualquer ato de decisão/aplicação na ordem jurídica é um ato de criação do direito. Da mesma forma que o legislador ordinário cria Direito quando legisla com base no conteúdo e na forma da Constituição, o juiz (intérprete autêntico) cria direito ao decidir um caso concreto com base no procedimento e conteúdo da norma que lhe autoriza fazê-lo. Essa seria, em verdade, a característica essencial do direito<sup>25</sup>. Vê-se, portanto, que Kelsen (neopositivista) já havia demonstrado o erro da Escola de Exegese (positivismo primitivo) no que diz respeito ao caráter apenas declarativo da decisão judicial<sup>26</sup>. Ao tratar especificamente da jurisdição constitucional<sup>27</sup> o autor assevera que, embora seja menos do que a atividade judicial comum, a criatividade persiste<sup>28</sup>.

A discussão em torno da criatividade da interpretação/aplicação do direito está, contudo, para nós, além de uma característica ínsita ao sistema ou uma necessidade sua. Entendemos que essa questão gira em torno de uma questão existencial do próprio ato de compreender e interpretar (não apenas o Direito).

A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, na esteira da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, nos demonstrou que a compreensão de qualquer fenômeno, inclusive o jurídico, só ocorre por causa e na medida das pré-compreensões que carregamos conosco e pela nossa inserção em uma determinada tradição. A compreensão, portanto, é uma antecipação de sentido

---

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 260-273.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 387-397.

<sup>27</sup> Importante destacar que Kelsen considera a jurisdição constitucional um ato de legislação negativa. Idem. *Jurisdição Constitucional*. In \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. Traduzido por Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 151-152.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, p. 153.

ou, nas palavras do próprio Gadamer a “compreensão deve ser entendida como um ato de existência, e é portanto um ‘pro-jeto lançado’”<sup>29</sup>.

Como ato de existência a compreensão não tem um início determinado. Ela ocorre a todo o tempo a partir do nosso contato com diferentes eventos/fatos. A “aplicação” não é um momento diverso ou secundário à compreensão. Somente compreendemos algo porque estamos diante de um algo concreto. É o que se chama de *applicatio*. Na lição de Gadamer a aplicação

não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se posteriormente à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica. “Aplicar” não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito de que se ocupa<sup>30</sup>.

É por isso que a hermenêutica contemporânea não mais pretende dividir o momento compreensivo em três: compreensão, interpretação e aplicação, como se fossem instantes bem delimitados e delimitáveis pelo intérprete. Todos esses momentos ocorrem simultaneamente e são reciprocamente influenciados. Cada compreensão acontece em uma determinada situação (aplicação) que exige reflexão (interpretação) que, por sua vez, ocasiona novas compreensões e novas possibilidades/necessidades aplicativas<sup>31</sup>.

Essa incindibilidade entre compreensão, interpretação e aplicação não é observado pela clássica teoria da separação de poderes. Por isso ela acredita ser possível separar epistemologicamente as diversas facetas da atuação estatal. Acredita, assim, que as dimensões de exercício de poder podem ser

---

<sup>29</sup> GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In \_\_\_\_\_; FRUCHON, Pierre (org.). **O problema da consciência histórica**. 3.ed. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 57.

<sup>30</sup> GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica, p. 57.

<sup>31</sup> Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito, p. 87 e STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 271-272.

funcionalmente (e facilmente) distinguidas. Contudo, cada Poder ao atuar, compreende, interpreta e aplica o direito.

A condição existencial da compreensão nos impulsiona a dizer que todo processo hermenêutico é produtivo/criativo. Ora, se a compreensão ocorre diante de eventos ela tem uma relação indissociável com a faticidade e todo evento é irrepetível. Assim, "é uma ficção insustentável a concepção de que é possível ao intérprete equiparar-se ao leitor originário"<sup>32</sup>, ou, nos nossos termos, ao legislador. O papel do intérprete/aplicador será, sempre, atribuir sentido (criativamente) à lei e aos fatos que acontecem de forma indissociável. "A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação"<sup>33</sup>.

Independente da matriz teórica/epistemológica que se adote o certo é que a atividade judicante é criativa. Desta forma, seria um equívoco afirmar que o Ativismo Judicial, compreendido como excesso do Poder Judiciário na concretização da Constituição, ocorre quando este poder "cria" direito (novo). A criatividade é um fator inescapável. Uma delimitação conceitual do Ativismo e sua consequência para a compreensão da separação dos poderes precisam, portanto, ir além.

## **2       NORMATIVIDADE       CONSTITUCIONAL       E       ADOÇÃO       DO SUBSTANCIALISMO:   O   PAPEL   DO   PODER   JUDICIÁRIO   NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO<sup>34</sup>**

Os eventos da Segunda Guerra Mundial marcaram profundamente o Direito, o constitucionalismo e o próprio Estado, promovendo uma sensível alteração na forma como encaramos esses três elementos. A partir deste marco as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, característica atribuída

---

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 272.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 274.

<sup>34</sup> Cf. SOLIANO, Vitor. Procedimentalismo e Substancialismo: propostas pós-positivistas para o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do curso de Direito da UNIFACS**. v. 11, 2011, p. 209-220.

a todas as normas jurídicas e cujo descumprimento possibilita a deflagração de mecanismos próprios para garantir a sua observância<sup>35</sup>. Konrad Hesse, em obra fundamental sobre o tema, ensina que a Constituição e sua pretensão de eficácia procuram “imprimir ordem e conformação à realidade social”<sup>36</sup>. Ou seja, a Constituição não pode ser entendida como uma carta de recomendações<sup>37</sup>. Seus preceitos exigem cumprimento mesmo quando da ausência de regra (produzida pelo legislador infraconstitucional) regulamentadora.

A normatividade da Constituição coloca uma nova problemática para o controle de constitucionalidade. Surge, devido às influências teóricas advindas dos Estados Unidos da América e da Alemanha, uma discussão sobre sua (nova) função e legitimidade de atuação. Trata-se do debate envolvendo as teses procedimentalistas e substancialistas. Não obstante se possa indicar diferenças internas às duas perspectivas, elas são razoavelmente claras no que diz respeito ao modo como o Poder Judiciário atua legitimamente.

Assim, conforme lição de Lenio Luiz Streck podemos dizer que

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, de outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1991, p. 15.

<sup>37</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 295: “A Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial. Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como *ordem com força normativa*, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais. Nesse sentido, *ela constitui um “nível inviolável” da ordem jurídica do Estado constitucional*” (destaques nossos).

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 80-81.

Podem-se entender esses dois eixos temáticos como as matrizes epistemológicas que garantiram o *como* agir do Poder Judiciário. A matriz *substancialista* defende um papel destacado do órgão judicial na concretização e defesa dos direitos estabelecidos pela Constituição. A matriz *procedimentalista*<sup>39</sup>, por outro lado, estabelece como papel preponderante do Judiciário a garantia e proteção do jogo democrático. Ambas, contudo, exigem uma presença ativa dos juízes e tribunais para a afirmação e proteção do Estado Democrático de Direito<sup>40</sup>. Ou seja, atualmente não há como negar o importante papel desempenhado pelas Cortes.

Fugiria aos objetivos deste trabalho tecer críticas minuciosas à perspectiva procedimentalista. Adotamos a corrente substancialista por quatro motivos. Em primeiro lugar o Brasil não conseguiu, ainda, instaurar um ambiente efetivamente democrático, seja pelo seu passado autoritário, seja pelo intenso constitucionalismo simbólico por nós experimentado<sup>41</sup>. A instauração de um tal regime é indispensável para que se possa falar de procedimentalismo, mormente no modelo habermasiano<sup>42-43</sup>. Além disso, retirar um papel do Poder Judiciário na concretização constitucional-normativa (desjuridificação) não significa, necessariamente, um incremento à cidadania. Como bem nos lembrar Gilberto Bercovici no Brasil "a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e das desigualdades"<sup>44</sup> o que anda na contramão de um pleno exercício da cidadania. Por fim, a proposta

---

<sup>39</sup> A matriz procedimentalista tem como seus principais defensores Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. vol. 1. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997) e John Hart Ely (ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Traduzido por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010).

<sup>40</sup> Cf. LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 94-96.

<sup>41</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 177-189.

<sup>42</sup> LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática, p. 139-140.

<sup>43</sup> Marcelo Neves, alertando para a dificuldade brasileira em alcançar o modelo habermasiano afirma que na "medida em que os direitos humanos constitucionalmente estabelecidos como fundamentais não se concretizam, fortifica-se o significado dos favores e do clientelismo. Com esse problema relaciona-se a fragilidade dos procedimentos constitucionais de legitimação das decisões políticas e da produção normativo-jurídica. No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pluralista, verifica-se uma tendência à 'privatização' do Estrado" (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 247).

<sup>44</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. v. 61, 2004, p. 18. No mesmo sentido NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, p. 188-189 e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 90.

procedimentalista parece não reconhecer normatividade imediata (aplicação direta) aos princípios constitucionais o que “traz conseqüências significativas para sistemas jurídicos que assumem direitos fundamentais substanciais sob a forma de princípios”<sup>45</sup>, como o brasileiro.

Como já antecipado, a perspectiva substancialista confere maior ênfase ao papel do Poder Judiciário da concretização direta dos direitos e garantias expressados na Constituição. Na lição de Wálber Araujo Carneiro as “concepções substancialistas sugerem a existência de referenciais deônticos capazes de *dirigir* a efetiva constituição da sociedade, especialmente as ações do Estado necessárias à concretização desses objetivos”<sup>46</sup>.

Essa forma de encarar o papel da jurisdição constitucional está fortemente relacionada com as funções que o Estado passou a desempenhar a partir, principalmente, da segunda metade do século XX. Após a passagem pelo Estado Social – que no Brasil não ultrapassou o simbolismo/simulacro – e o ingresso no Estado Democrático de Direito – *plus* normativo-transformador – também a jurisdição, e não só os demais poderes, passou a ser chamada a concretizar a Constituição.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti aduz que os juízes e tribunais devem incorporar essa nova função do Estado pois, afinal, constituem parte dele. Assim, parece para o autor difícil que o Judiciário não contribua com a efetivação dos princípios, finalidades e programas traçados no texto constitucional, “o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito, p. 201.

<sup>46</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **As possibilidades do dirigismo constitucional brasileiro**: o desacoplamento entre as perspectivas funcional e epistêmica da constituição. 2011, p. 11 (texto inédito cedido pelo autor). Em linha similar BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 92.

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42.

Não há dúvidas de que o papel da jurisdição constitucional para o substancialismo em muito se diferencia do que as formulações iniciais sobre o controle de constitucionalidade propunham. Esse giro, além de ser uma decorrência das mudanças das funções do Estado, tem uma relação direta com uma valorização da Constituição e da força normativa de seus preceitos. J. J. Gomes Canotilho, após afirmar que a concepção clássica do controle de constitucionalidade é negativa, aduz que “nem por isso se pode deixar de reconhecer constituir tarefa de controlo também uma tarefa de **concretização e desenvolvimento do direito constitucional**”, ou seja, “a força normativa das regras e princípios constitucionais vincula todos os poderes públicos (mesmo os de controlo), obrigando-os a uma tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do direito constitucional”<sup>48</sup>.

Ora, se o Brasil insere-se no paradigma do Estado Democrático de Direito e parece não haver dúvidas quanto à normatividade dos dispositivos da nossa Constituição a sua concretização é tarefa de todos os Poderes do Estado, inclusive o Judiciário. Sendo assim, é possível dizer que não nos basta uma Constituição garantidora e protetiva, mas também – e principalmente – uma *disposição* do Estado para a sua defesa<sup>49</sup>.

Por tudo isso resta claro que a perspectiva substancialista assume como pressuposto da própria validade da Constituição – “naquilo que ela representa de elo contencioso que une política e direito” – a implementação dos direitos fundamentais-sociais. Exatamente por isso, não cabem dúvidas quanto ao

---

<sup>48</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 891 (destaque do original).

<sup>49</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, p. 19-20: “embora a Constituição não possa, por si só, impor nada, ela pode impor tarefas. A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”. E continua o autor: “essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”.

caráter de reforço da Constituição enquanto norma (força normativa, normatividade) defendido por essa matriz<sup>50</sup>.

A realidade social brasileira ainda encontra-se distante da possibilidade de confiarmos *apenas* no procedimento para a garantia da Constituição. Se ainda estamos buscando uma ampliação da inclusão social e o resgate das promessas não cumpridas da modernidade o Poder Judiciário aparenta ser um *locus* privilegiado para tanto. Se o Estado Democrático de Direito pretende efetivar uma transformação social e Constituição é entendida como norma, ocorrerá “uma sobrevalorização da função de controle jurisdicional das constituições, no que ficou reconhecido como judicialização da política”<sup>51</sup>.

Por óbvio essa perspectiva de jurisdição constitucional promoverá uma necessária releitura da tradicional tensão entre legislação e jurisdição e das funções de *cheks and balances* já que o Poder Judiciário intervirá em áreas antes destinadas apenas aos demais poderes<sup>52</sup>.

Ao adotar a matriz substancialista é preciso estar atento às condições de possibilidade de um substancialismo que se compatibilize às exigências de um Estado democrático e verdadeiramente constitucional, ou seja, preocupado com a concretização e defesa dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, com o controle do poder. Como se sabe o constitucionalismo exige limitação de poder, inclusive do Poder Judiciário.

Dito isso, forçoso reconhecer que o aparato teórico que guiará a atuação judicante tem uma prevalência na compatibilização entre constitucionalismo/democracia e o substancialismo. É a partir do modelo teórico utilizado para fundamentar e guiar a ação do Poder Judiciário que poderemos

---

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 82

<sup>51</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BARRETO LIMA, Martonio Mont’Alverne (Org.). **Diálogos Constitucionais**. Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 237.

<sup>52</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional, p. 86. E arremata o autor: “a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais”.



falar em mais de um tipo de substancialismo. Ou seja, “é fundamental que o debate sobre o substancialismo e, especialmente, seus limites e possibilidades em um contexto social e democrático, seja corretamente situado”<sup>53</sup>.

O que deve restar claro, por ora, é que o Poder Judiciário tem (e deve ter), na atualidade, um papel fundamental na concretização e defesa da Constituição. Parece altamente majoritário o entendimento de que este Poder não deve mais, no exercício do controle de constitucionalidade, ser, apenas, um legislador negativo.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL: UMA DEFINIÇÃO

Apresentados os argumentos iniciais é preciso, neste espaço, cumprir o objetivo central do presente estudo e definir Ativismo Judicial. Deve-se ter em mente, como ficou claro ao longo dos dois últimos itens, que o Ativismo é entendido como um mal, uma atuação ilegítima do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, tomamos como premissas teóricas a inevitabilidade da criatividade judicial e assumimos uma postura no sentido de que o poder judicante tem, sim, um papel na concretização dos direitos albergados na Constituição.

O ponto de estofa para diferenciarmos, dentro de uma teoria voltada para o Judiciário, concepções ativistas e não-ativistas de jurisdição constitucional reside no *como* se compreende/interpreta/realiza a concretização da Constituição. A ocorrência de um deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção ao Poder Judiciário<sup>54</sup> – consequência da inserção no paradigma do Estado Democrático de Direito e da adoção do substancialismo – aumentará o

---

<sup>53</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **As possibilidades do dirigismo constitucional brasileiro**: o desacoplamento entre as perspectivas funcional e epistêmica da constituição. 2011, p. 13.

<sup>54</sup> “Sabe-se que no quadro da tripartição de funções quando qualquer deles não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país se costuma se atribuir ao Judiciário”. NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 35.

caráter hermenêutico-interpretativo do Direito e a sua conseqüente *necessidade de limitação*<sup>55</sup>.

Ora, se até o contexto da Constituição de 1988 boa parte da responsabilidade pela inefetividade do texto magno residia em uma precária teoria da Constituição e do Direito – positivismo, sistema de regras, racionalidade instrumental e descritiva –, um eventual excesso na concretização (Ativismo Judicial) também ocorrerá por razões epistêmicas. Conforme assevera André Ramos Tavares a “consistência e o refinamento dos métodos de trabalho da Justiça Constitucional [...] são parte integrante da discussão acerca de sua legitimidade de atuação no âmbito dos direitos fundamentais”<sup>56</sup>.

Parece ser este, também, o entendimento de João Maurício Adeodato ao afirmar que

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem construir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuismo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta<sup>57</sup>

Ou seja, há uma relação íntima entre racionalidade do discurso (e da interpretação, acrescentaríamos) e a (i)legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

Se é verdade que os déficits de modernização vividos em sociedades periféricas e semiperiféricas acaba tornado o Poder Judiciário no “último dos moicanos” para defesa e garantia das promessas modernas, não é menos verdade que o compromisso com o constitucionalismo, com a democracia e com a autonomia do

---

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59. No mesmo sentido, cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 66-74.

<sup>56</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz ativista: concretização dos direitos fundamentais. In \_\_\_\_\_. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

<sup>57</sup> ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes?. In \_\_\_\_\_. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164-165.

Direito possa ser esquecida<sup>58</sup>. E o desequilíbrio excessivo nesse projeto (Ativismo Judicial) tem, repita-se, em primeiro lugar, uma justificativa epistemológica.

A identificação do Ativismo Judicial passa, prioritariamente, não por uma atitude de interferência do Judiciário em áreas tradicionalmente deixadas aos Poderes Representativos, mas sim pelo *modo*, pelo *como*, essa interferência ocorre. Ou seja, o Ativismo Judicial é caracterizado por uma forma inadequada/equivocada de se lidar com a inevitabilidade da criatividade da atuação judicial<sup>59</sup>. Ele (o Ativismo) encontra-se relacionado a um caráter não democrático e, por isso, não legítimo da "carga criativa que se encontra em todas as manifestações de *criação* e *aplicação* do direito"<sup>60</sup>.

Já dissemos que a teoria hermenêutica contemporânea estabeleceu que o fenômeno compreensivo não está cindido da aplicação e acontece mediante uma antecipação de sentido já carregado pelo intérprete<sup>61</sup>. Esta característica da compreensão demonstra que não existem métodos de interpretação capazes de *constituir*, eles mesmos, os sentidos. A ideia de que a verdade ou o acerto podem ser alcançados mediante a utilização de métodos (no sentido clássico) não possui mais sustentação.

Contudo, isso não acarreta a abertura interpretativa e a ausência de qualquer controle nem que não haja espaço, dentro do paradigma hermenêutico atual, para se pensar em epistemologia<sup>62</sup>. A epistemologia, ou seja, o controle epistêmico da compreensão, deve transitar em um nível secundário. Como assevera Wálber Araujo Carneiro:

---

<sup>58</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Uma teoria Dialógica do Direito, p. 25-26.

<sup>59</sup> Fundamental, nesse sentido, a advertência de Lenio Streck: "há de ser ter o devido cuidado: a afirmação de que o 'intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto' nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a 'dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa', atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem 'existência' autônoma). (...) Portanto, todas as formas de decisionismos e discricionariedades devem ser afastadas" (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 142-143).

<sup>60</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Uma teoria Dialógica do Direito, p. 180.

<sup>61</sup> GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica, p. 57.

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas**. In \_\_\_\_\_; STEIN, Ernildo. **Hermenêutica e epistemologia**. 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.

Essa proposta epistemológica deve, portanto, atender a dois vetores. Primeiro, transitar em um espaço existencial, isto é, deve obedecer aos limites e possibilidades da nossa compreensão, razão pela qual a propomos em um espaço *reflexivo*. Segundo, deve ser compatível com esse projeto regulatório (direito) e, para tanto, proporcionar a normatividade da compreensão jurídica. Quanto a este segundo verto, não fazemos aqui referência a uma compreensão controlada por métodos, mas uma compreensão que esteja voltada para uma resposta correta *conforme* ao direito, caso contrário, não compatibilizaremos sua aplicação ao modelo democrático<sup>63</sup>

Há, portanto, um espaço para que a criatividade inerente à compreensão e aplicação do direito seja epistemicamente controlada. Não estar atento à esta possibilidade ou não buscar os parâmetros para este controle acarreta na abertura para que a criatividade se transforme em discricionariedade e, conseqüentemente, a existência de múltiplas respostas. O Ativismo Judicial é isto: *a ausência de controle reflexivo do momento criativo da aplicação da Constituição*. Dito de outra forma, *o excesso ou descontrole da concretização da Constituição advém da delegação à discricionariedade subjetiva do julgador*.

É evidente que os parâmetros reflexivos devem possibilitar que a decisão não seja dada por uma escolha do operador. A decisão judicial que aplica a Constituição deve se pautar pelos referencias sistêmicos já disponíveis à compreensão. Doutrina e jurisprudência, portanto, desempenho um papel altamente relevante para a "desobjetivização" da decisão<sup>64</sup>. Aqui é possível também falar que a coerência e a integridade<sup>65</sup> tem a potencialidade de retirar do *decisum* um alto índice de "opção" do intérprete.

Não obstante a existência de um espaço de controle epistêmico da decisão judicial bem como de referências sistêmicos para a consecução desse controle, sua realização ótima é altamente improvável. Pensamos isso principalmente por

<sup>63</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Uma teoria Dialógica do Direito, p. 234 (destaque do original).

<sup>64</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Uma teoria Dialógica do Direito, p. 258-260, 263-264 277-278.

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2.ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

causa da alta complexidade que o sistema jurídico assumiu e pelas enormes dificuldades encontradas pela prática judiciária. Assim, é mais correto afirmar que existem níveis maiores e menores de controle epistêmico da decisão judicial. Uma decisão pode ser mais ou menos epistemicamente controlada, quer dizer, a discricionariedade pode ser mais ou menos reduzida. Desta forma, entendemos parecer ser possível falar em *níveis de Ativismo Judicial*. Ou seja, uma decisão que aplica/concretiza a Constituição pode ser *mais ou menos ativista* a depender do nível de controle epistêmico que ela sofra.

Marcelo Neves, valendo-se de outros pressupostos teóricos afirma que a *transversalidade* entre direito e política através da Constituição do Estado constitucional, embora seja capaz de resultados produtivos, está em constante paradoxo uma vez que não existe solução definitiva para o problema da politização do direito e da juridificação da política. Isso quer dizer o judiciário mantém a pretensão de ocupar o espaço da legitimidade democrática enquanto legislativo e governo tentam influenciar as soluções de casos jurídicos. A mediação desse cenário só pode ocorrer diante de casos constitucionais concretos decididos, principalmente, pelas cortes constitucionais. Contudo, a formação de transversalidade entre direito e política (pontes de transição) em nível ótimo necessita de amplos pressupostos sociais e estruturais<sup>66</sup>, ou seja, sua consecução é extremamente difícil.

O controle da criatividade judicial através de aparatos epistêmicos tem uma relação direta com a autonomia do sistema jurídico. Quando nos referimos acima sobre a existência de referenciais sistêmicos para a operacionalização do controle da decisão em nível hermenêutico estávamos falando do sistema jurídico. Ou seja, os demais sistemas sociais não podem determinar a decisão judicial.

Em verdade, o grande objetivo do referido controle é preservar a autonomia do sistema. *A contrario sensu* a ausência de controle acarreta, invariavelmente, a perda de autonomia do sistema. Dito isso, é possível acrescentar que o Ativismo Judicial, além de ser marcado pela adoção da discricionariedade como parâmetro decisório na concretização da Constituição, representa a perda de autonomia do

---

<sup>66</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 77.

sistema jurídico em favor de opções políticas, econômicas e morais do julgador. Ou seja, a substituição dos referenciais sistêmicos do direito por referenciais de outros sistemas.

Concordamos com Anderson Vichinkeski Teixeira quando afirma que o Ativismo Judicial está diretamente relacionado com os limites possíveis entre o Direito e a Política<sup>67</sup>. Segundo o autor a “nocividade maior do ativismo judicial ocorre quando a decisão judicial tem um *fim político* e depende da *negação à tutela de interesses legítimos* de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica”<sup>68</sup> Complementaríamos dizendo que o Ativismo também nos coloca diante dos limites possíveis entre o Direito e a Moral e entre o Direito e a Economia. Enfim, a problemática da autonomia dos sistemas sociais. Este cenário, como destacado, é possibilitado pela falta de uma racionalidade consistente no momento da interpretação/aplicação do direito causada pela utilização de modelos teóricos inadequados.

Ora, se aduzimos que é possível falar em níveis de controle e, conseqüentemente, em níveis de Ativismo Judicial, parece mais do que lógico ser possível falar, também, em níveis de perda de autonomia do sistema. O sistema jurídico, portanto, sofrerá mais ou menos perda de autonomia de acordo com o nível de controle da decisão judicial (de acordo com a existência de mais ou menos Ativismo, portanto).

Tudo que se disse sobre o controle da criatividade e sobre a preservação da autonomia do sistema tem efeito imediato sobre a sobrevivência do binômio constitucionalismo-democracia. Se o constitucionalismo é marcado pela garantia de direitos fundamentais e pela limitação do poder e a democracia (constitucionalizada) é marcada pela prevalência das opções políticas feitas pelos cidadãos (diretamente ou mediante seus representantes) é indispensável, para a existência de ambos, que haja um nível tanto maior quanto possível de controle

---

<sup>67</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun, 2012, p. 42.

<sup>68</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política, p. 48.

das decisões judiciais e que esse controle se dê mediante a referência ao próprio sistema. A marca do Ativismo (a discricionariedade) deve ser repudiada ao máximo<sup>69</sup>.

Creemos ter estabelecido aqui o núcleo fundamental do Ativismo Judicial: uma atuação discricionária do Poder Judiciante sob o pretexto de estar dando concretude ao texto constitucional acarretando, paradoxalmente, a distorção da própria autonomia do sistema jurídico e, portanto, do constitucionalismo e da democracia. Cabe agora tentar demonstrar, ainda que brevemente, porque o Ativismo, na nossa conceituação, tem se tornado uma realidade em terras brasileiras.

A forma de lidar com a atuação judicial no Brasil tem recebido fortes influências do movimento que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Não obstante a importância que esse movimento teve para que o nosso país começasse a levar o seu direito constitucional a sério, parece-nos que sua recepção também tem trazido questões e problemas mal resolvidos no que diz respeito ao controle e estabelecimento de limites à atividade jurisdicional de concretização da Constituição. Parece-nos, enfim, que o neoconstitucionalismo<sup>70</sup> não apresenta mecanismos teóricos suficientemente adequados para lidar com a criatividade judicial e com um substancialismo democrático. Isso ocorre, assim sentimos, pela incapacidade do seu “pacote teórico” em lidar com a discricionariedade judicial.

Este movimento preconiza a superação de modelos clássicos e que não conferiam à Constituição plena aplicabilidade – principalmente pela ausência de normatividade dos princípios – e *parece* tentar recuperar algo que se perdeu na aurora do constitucionalismo moderno (a racionalidade moral-prática) e legitimar

---

<sup>69</sup> É neste ponto que nos afastamos totalmente dos pressupostos teóricos utilizados pelo professor Elival da Silva Ramos. O autor, embora afirme que seu modelo absorve as inovações da hermenêutica contemporânea, continua a apostar na discricionariedade da decisão judicial. Para nós, é impossível compatibilizar ideias como “escolha”, “opção”, “sentimento de justiça” e “consciência ética do julgador” com uma crítica ou um bloqueio ao Ativismo Judicial. Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, p. 97-103.

<sup>70</sup> Para um olhar amplo sobre o tema cf. CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005 e; CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. Para uma análise crítica da incorporação do movimento no Brasil cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In. \_\_\_\_\_. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233-272, 2010.

uma atuação substancial do Poder Judiciário. Enfim, trata-se do movimento teórico/ideológico que operacionalizou e continua a embalar as construções doutrinárias e jurisprudenciais desde o estabelecimento do Estado Democrático de Direito no Segundo pós-guerra.

Não é necessário muito esforço para perceber que a variedade de autores incorporados pelo movimento neoconstitucionalista acarreta, fatalmente, em uma diversidade de concepções acerca do tema (funções, objetivos, limites, etc.). Contudo, no mar de concepções e teorias em torno do tema é possível apontar para elementos comuns que aproximam os autores tornando possível falar em um núcleo do neoconstitucionalismo (ainda que não seja possível identificá-lo como uma escola de pensamento).

Creemos não haver dúvidas de que a adoção do neoconstitucionalismo no Brasil possibilitou uma forte valorização do nosso texto constitucional e, em alguma medida, uma constitucionalização do Direito. Esse movimento exigiu dos atores jurídicos (teóricos e “operadores” *strictu sensu*) uma nova forma de lidar com o fenômeno jurídico e de conceber o papel do Poder Judiciário na preservação e concretização da Carta Magna. Em um país de fraca história democrática e de baixa defesa de direitos fundamentais, a recepção do neoconstitucionalismo *parece ter sido* (estrategicamente) *necessária* para a consolidação de uma ordem constitucional e democrática adequada aos tempos de constitucionalismo pós-guerra.

A questão principal do neoconstitucionalismo para nossa investigação é o aparato metodológico que, graças a ele, ingressou e passou a fazer parte da teoria da interpretação no Brasil. Esses modelos de interpretação e aplicação de normas constitucionais que acabam por sobrevalorizar a subjetividade do julgador.

O mais importante deles foi o construído por Robert Alexy: o sopesamento de princípios<sup>71</sup>. Esse sopesamento seria uma decorrência lógica e necessária do trato com princípios constitucionais. A ponderação, para que seja um

---

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



procedimento racional, será guiada pela máxima da proporcionalidade e suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

O exame desse procedimento nos mostrou como ele se aproxima de uma avaliação política das medidas a serem adotadas pelo Estado no intuito de promover a concretização de uma norma constitucional.

Além disso, a teoria de Alexy não determina como se faz a “escolha” dos princípios colidentes nem explica porque são apenas dois os princípios. Esse fato aponta para uma dose de discricionariedade ínsita ao método proposto. A teoria em questão está mais preocupada com a justificação de uma decisão do que como ela, de fato, ocorre, o que possibilita a fundamentação de decisões discricionárias. Ainda, não há como escapar do entendimento de que a ponderação sempre acarreta uma *escolha* do julgador.

O reforço argumentativo<sup>72</sup> proposto por Alexy para garantir a “representatividade argumentativa” do cidadão também não garante, assim como a ponderação, o bloqueio da discricionariedade. Dessa forma, através dessa ideia respostas diametralmente opostas podem ser entendidas como válidas. Ou seja, seu nível de controle epistêmico é baixíssimo. Sob o pretexto de se estar concretizando o texto constitucional, autoriza-se as mais amplas incursões do Poder Judiciário guiando-se por critérios políticos e morais dos julgadores. Há, portanto, uma forte relação entre a ponderação e o Ativismo Judicial<sup>73</sup>.

Ao lado da ponderação, a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil trouxe o que se convencionou chamar de Nova Hermenêutica Constitucional. Presente e defendida em quase todos os “Cursos de Direito Constitucional”, trata-se do fruto da união acrítica de teses concebidas separadamente, com intuito unitário e visando muito mais a descrição de modelos do que suas defesas, acaba por reduzir a nova hermenêutica constitucional a um mecanismo retórico apto a

---

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Traduzido por Claudia Toledo. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>73</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção, p. 141-142. Para uma crítica pormenorizada da teoria de Robert Alexy cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito, p. 202-233; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito, p. 170-217 e; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, *passim*.

camuflar o arbítrio da decisão sob o pretexto de se estar controlando a criatividade do intérprete/aplicador.

Essa metodologia mal/indevidamente incorporada não promove uma reflexão para além de uma mera subjetividade do julgador. Ainda mais desatenta à alteridade e à intersubjetividade (pelo menos da forma que foi/tem sido incorporada no Brasil) do que a ponderação, os métodos e princípios de interpretação constitucional servem, no máximo, para promover uma autorreflexão sobre o que e como se está decidindo. Continua, contudo, amarrada às possibilidades/limites compreensivos da subjetividade e, por isso, incapaz de ser uma barreira à discricionariedades<sup>74</sup>.

Dessa maneira, o neoconstitucionalismo peca por não oferecer modelos para lidar com o Direito (constitucional) que visem bloquear decisões discricionárias o que nos faz relacioná-lo com o positivismo jurídico. No limite, o movimento neoconstitucionalista inicia a reaproximação do Direito com a racionalidade moral-prática, mas não consegue lidar com isso de forma adequada. Assim, anda na contramão da autonomia do sistema jurídico e não promove um espaço para que a alteridade (intersubjetividade) compreensiva se desenvolva.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Ativismo Judicial ingressou na gramática constitucionalista brasileira e, tal qual aconteceu nos EUA, será uma questão a ser trabalhada e (re)discutida pelas próximas décadas (ou séculos).

A conceituação ampla e mais aceita pela doutrina de Ativismo Judicial de fato tem o seu mérito. Podemos entendê-lo como uma interferência excessiva do Poder Judiciário em áreas tradicionalmente de responsabilidade dos demais Poderes do Estado (representativos). Contudo, na atualidade é forçoso buscar uma delimitação conceitual mais adequada à nossa realidade.

---

<sup>74</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In \_\_\_\_\_ (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 115-143, 2007 e Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito, p. 189-192.

Esta nova delimitação precisa estar atenta aos avanços trazidos pela filosofia e, principalmente, pela teoria hermenêutica contemporânea. Neste passo, é impossível não considerar a atividade judicante como essencialmente criativa. Todo ato de decisão judicial traz consigo uma carga de criação do direito.

Ao mesmo tempo é preciso ter em mente que o Poder Judiciário assume nova face com o constitucionalismo forjado na segunda metade do século XX. Não é mais entendido como simples aplicador mecânico da lei nem como um simples legislador negativo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. De fato, assume um papel fundamental na concretização dos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Essa postura é denominada de substancialismo constitucional.

O longo caminho trilhado nessa investigação pôde concluir que a legitimidade da atuação do Poder Judiciário e, assim, a diferença entre Ativismo Judicial e *Judicialização Responsável*, possui um primado epistêmico. Antes de qualquer perquirição nos âmbitos funcionais da divisão entre os poderes, antes de qualquer delimitação *a priori* de áreas em que o Judiciário pode intervir e antes de qualquer construção dogmática que sirva de auxílio analítico, o Ativismo Judicial é marcado pela utilização de modelos epistêmicos eivados ou não bloqueadores de carga subjetivista (e, por isso, discricionária) da criatividade judicial.

Em decorrência desse descontrole ocorre a quebra de autonomia do sistema jurídico em favor de preferências ou opções políticas, econômicas ou morais dos julgadores.

A enorme complexidade do sistema atrelada às dificuldades cotidianas no Judiciário não colaboram com a realização ótima de um tal controle epistêmico. Nessa toada, parece mais razoável afirmar que a criatividade e conseqüente decisão judicial pode sofrer níveis maiores ou menos de controle por parte do intérprete. Disso resulta pode-se inferir que é mais apropriado falar em níveis de Ativismo e, assim, níveis de preservação ou perda da autonomia do sistema jurídico.

Nossa posição, portanto, é de que algum nível de Ativismo vai sempre (ou quase sempre) ocorrer quando da interpretação e aplicação da Constituição. Isso não quer dizer, contudo, que o intérprete-aplicador esteja desincumbido de atentar para este problema. Seu norte deve ser sempre se guiar pela redução de sua carga discricionária valendo-se, no espaço secundário do fenômeno da compreensão (reflexividade), dos referenciais sistêmicos já presentes no ordenamento e no seu entorno (doutrina e jurisprudência). Deve tomar a resposta certa como uma metáfora<sup>75</sup>, um motor imóvel que o empurra para o acerto ainda que nunca venha a ter certeza de ter acertado<sup>76</sup>.

Se é verdade que o Poder Judiciário tem um papel importante na defesa e garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição não é menos verdade que essa atuação tenha que ser feita de forma responsável e através de modelos de racionalidade comprometidos com a alteridade, intersubjetividade, reflexividade, coerência e integridade. A concretização do texto constitucional não pode ficar a mercê dos *sujeitos* "legitimados" em aplicá-la. Depositar a confiança no *sujeito* é, paradoxalmente, corromper o próprio constitucionalismo e a democracia.

Enfim, criticamos o Ativismo sem abrir mão de algum nível de judicialização. Esta judicialização que não pode, entretanto, ocorrer através do aparato neoconstitucionalista. Não se pretende desmerecer por completo a importância que o neoconstitucionalismo teve e tem para o direito constitucional brasileiro. Se hoje temos mais Constituição e constitucionalismo do que tínhamos em 1988<sup>77</sup> um dos grandes responsáveis é este movimento teórico-ideológico. Contudo, é chegada a hora de realizarmos uma parada teórica para que possamos defender a Constituição com mais serenidade e coerência. A defesa da Constituição não pode significar um agir irresponsável na sua concretização, ainda que esta irresponsabilidade seja camuflada por aparatos teóricos e metodológicos convincentes.

---

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 387-394

<sup>76</sup> Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito, p. 272.

<sup>77</sup> ADEODATO, João Maurício. Limites à jurisdição constitucional. In \_\_\_\_\_. *A retórica constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADEODATO, João Maurício. Limites à jurisdição constitucional. In \_\_\_\_\_. *A retórica constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, p. 139-154, 2009.

\_\_\_\_\_. Adeus à separação de poderes?. In \_\_\_\_\_. *A retórica constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155-165.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Traduzido por Claudia Toledo. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição & Ativismo Judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 275-290, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política. v. 61, 2004, p. 5-24.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Org.).

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

**Diálogos Constitucionais.** Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CALMON DANTAS, Miguel. Poderes Separados ou Concentrados: Novos Sentidos da Vetusta Separação de Poderes. **Teses da Faculdade Baiana de Direito.** Vol. 2. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, p. 119-142, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s).** 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_ (org.). **Teoría del neconstitucionalismo.** Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva:** uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil e as políticas públicas: uma análise da desapropriação judicial. **Direito UNIFACS.** v. 102, dez, 2008. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/73>>, acesso em 11/07/2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2.ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Traduzido por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In \_\_\_\_\_; FRUCHON, Pierre (org.). **O problema da consciência histórica**. 3.ed. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, p. 55-71, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. vol. 1. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1991.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. In \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123-186.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. Traduzido por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

\_\_\_\_\_. **A Constitucionalização Simbólica**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-49.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233-272.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In \_\_\_\_\_ (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 115-143, 2007.

SOLIANO, Vitor. Procedimentalismo e Substancialismo: propostas pós-positivistas para o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do curso de Direito da UNIFACS**. v. 11, 2011, p. 209-220.

\_\_\_\_\_; COSTA, Frederico Magalhães. A PEC 03/2011 e o controle legislativo das decisões judiciais no contexto do ativismo judicial brasileiro: o sintoma de uma crise anunciada da elephantíase do Judiciário e da anorexia do Legislativo. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI. **Anais...** Belo Horizonte: CONPEDI, p. 6680-6709, 2011.

\_\_\_\_\_; ALVES, João Vitor de Souza. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: as promessas da modernidade entre o ativismo judicial e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. In II Congresso Nacional da



SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. **Anais...** Porto Alegre: ABraSD, 2011 (no prelo).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In \_\_\_\_\_; STEIN, Ernildo. **Hermenêutica e epistemologia**. 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.

\_\_\_\_\_. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. O juiz ativista: concretização dos direitos fundamentais. In \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-85.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, 4(2), jul/dez 2008, p. 441-464.