

ATIVISMO JUDICIAL:
AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E BRASILEIRA
JUDICIAL ACTIVISM:
AMERICAN, GERMAN AND BRAZILIAN EXPERIENCES

*André Karam Trindade**
*Fausto Santos de Morais***

RESUMO: O presente estudo apresenta a experiência do ativismo judicial em três sistemas jurídicos diferentes: Estados Unidos, Alemanha e Brasil. Para tanto, a investigação valer-se-á das principais decisões dos tribunais superiores desses países no controle de constitucionalidade, qualificando-as como indicativos do ativismo. Assim, parte-se do pressuposto de que o estudo comparativo do fenômeno, nesses três contextos diferentes, fornecerá elementos para compreender o ativismo judicial praticado em *terrae brasilis*.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Constitucionalismo americano. Jurisprudência dos Valores. Democracia Constitucional. Discrecionalidade.

ABSTRACT: This work will show the experience about judicial activism in three different legal systems: United States, German and Brazil. Then, it investigation will use the principals decisions those superior courts in constitutional control (or judicial review), characterizing them like activism. At once, beginning of compare study about the phenomenon, in them different context, provides elements to understanding judicial activism in *terrae brasilis*.

KEYWORDS: Judicial Activism. American Constitutionalism. Balancing of Values. Constitutional Democracy. Discretion.

* Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Università degli Studi Roma Tre/Itália). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Membro Fundador e Pesquisador do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Produtor Executivo do Programa “Direito & Literatura: do fato à ficção” (TVE/RS e TV JUSTIÇA). E-mail: andre@ihj.org.br

** Doutorando e Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professor da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Advogado. E-mail: faustosmorais@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe a reflexão a respeito do chamado *ativismo judicial* mediante um esforço histórico-comparativo das principais decisões indicadas como ativistas no exercício do controle de constitucionalidade, além das respectivas críticas por elas enfrentadas. Assim, concentrando-se na experiência dos sistemas jurídicos norte-americano, alemão e brasileiro, procura-se proporcionar, através do contraste entre eles, um conhecimento capaz de fornecer elementos para melhor compreender o fenômeno do ativismo judicial no Brasil.

Muito embora o *ativismo judicial* seja um tema sobre o qual ainda predominam as controvérsias – sobretudo em razão da importância histórica da *Supreme Court* –, não há dúvidas de que ele surge no sistema jurídico norte-americano, em que os precedentes constituem a principal fonte do direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação do direito, de tal modo que o papel desempenhado pelos tribunais se tornou uma pauta constante na discussão jurídico-política.

Todavia, considerando o fenômeno da *judicialização da política*, observa-se que o ativismo judicial e suas implicações ultrapassam as fronteiras da *common law*. Talvez o melhor exemplo disto seja a conhecida *jurisprudência dos valores* que caracteriza o papel exercido pelo *Bundesverfassungsgericht*, na Alemanha, após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn.

Ocorre que, como se verá ao longo do artigo, estas duas experiências produzem efeitos diretos no constitucionalismo democrático inaugurado no Brasil a partir da promulgação da Carta de 1988, resultando na geração de um ativismo judicial *sui generis*, que vem sendo praticado tanto pelo *Supremo Tribunal Federal* quanto pelas demais instâncias do Poder Judiciário, muitas vezes sob as vestes do garantismo.

2. A SUPREME COURT E SEU(S) ATIVISMO(S): A ERA TRADICIONAL, A ERA DE TRANSIÇÃO E A ERA MODERNA

O estudo da história do constitucionalismo norte-americano permite que se identifiquem três eras bastante distintas, tendo em vista as transformações ocorridas – ao longo de mais de duzentos anos – na forma de intervenção da Suprema Corte através da jurisdição constitucional (WOLFE, 1994).

Na *era tradicional*, que se inicia em 1787, com a promulgação da Constituição, e vai até o final do século XIX, a Suprema Corte assumira uma postura voltada, preferencialmente, à aplicação da Constituição diante das leis ordinárias.

Neste contexto, como se sabe, é que se inaugura, em 1803, o controle difuso de constitucionalidade das leis (*judicial review*) através do célebre caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137), em que a Suprema Corte, presidida pelo juiz John Marshall (1801-1835),

afirmou seu poder de revisar os atos dos poderes Executivo e Legislativo para a garantia da supremacia da Constituição (LEVI, 1990).

Ainda na era *tradicional*, cumpre referir o infame caso *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. 393), de 1857, em que a Suprema Corte – à época presidida pelo juiz Roger B. Taney – afirmou que os escravos não estavam protegidos pela Constituição e, portanto, não poderiam recorrer aos tribunais norte-americanos. Sob este argumento, portanto, a Corte decidiu que Dred Scott não poderia ter ajuizado uma ação em um tribunal federal para que lhe fosse concedida a liberdade e, ainda, que sua residência temporária fora do estado de Missouri – onde a escravidão perdurou até o final da guerra civil – não implicava sua emancipação, visto que isto subtrairia de seu dono o direito de propriedade. Registre-se que, muito embora o precedente nunca tenha sido revisto expressamente pela Suprema Corte, nos casos *Slaughter-House* (83 U.S. 36), em 1873, restou consignado que, ao menos em parte, aquela decisão teria sido revogada, em 1868, com o advento da décima quarta emenda. (SCHWARTZ, 1997, pp. 70-71)

Segundo Wolfe (1994, p. 4), a *era tradicional* caracteriza-se por uma nova concepção – mais substancial – de Constituição, que implica a compreensão de que o texto constitucional possibilita construir sentidos quando se realiza uma leitura adequada e, ao mesmo tempo, a percepção de que, em face disto, a Constituição estabelece princípios que devem ser cumpridos tais como são as leis, rompendo, assim, com a ideia clássica de que o constitucionalismo limitar-se-ia a estabelecer generalidades.

Já a *era de transição*, por sua vez, inicia em torno de 1890, com a grande reformulação ocorrida na composição da Suprema Corte em um curto espaço de tempo, e perdura até o final da década de 30, quando os reflexos da política do *New Deal* impõem uma sensível alteração no modo de interferência judicial desempenhado pela Suprema Corte, como se verá mais adiante.

Este estágio é conhecido pela influência de um *laissez-faire* que marca a Suprema Corte, impedindo o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas à regulação, por exemplo, das políticas de bem-estar relativas à segurança, à saúde, ao trabalho, etc.

Nesse sentido, aliás, cumpre referir o famoso caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), em 1905, no qual a Suprema Corte invalidou uma lei estadual do estado de New York – que limitava a jornada de trabalho dos empregados de padaria – por considerá-la intrusiva demais na política econômica do Estado (SCHWARTZ, 1997, pp. 118-119).

Trata-se, na verdade, de uma tendência conservadora que ficou conhecida como uma política judiciária de contenção (*self-restraint*), em que a Suprema Corte impossibilitava a interferência do Estado na esfera das relações privadas.

Observa-se que, na *era de transição*, a atuação da Suprema Corte é marcada por uma *questão de vontade* – que se sobrepõe à *questão da interpretação* verificada na *era tradicional* (WOLFE, 1994, pp. 4-5) –, de maneira que sua postura também se revela ativista. Isto porque, na verdade, suas decisões eram marcadas por um forte componente

político – embora de caráter não-intervencionista – que, ao final, invadia o âmbito de produção legislativa.

Tal particularidade torna-se ainda mais evidente no início da década de 30. Como se sabe, a crise econômica que resultou na quebra da bolsa, em 1929, mudou radicalmente o cenário político e social norte-americano, levando o governo a tomar uma série de medidas reguladoras para superar a depressão econômica (HOBSBAWN, 2002).

Assim, Franklin Roosevelt ao assumir a presidência, em 1933, tratou de propor a implementação de medidas políticas que produzissem efeitos na economia norte-americana, o que ficou conhecido como *New Deal*.

Trata-se, com efeito, de um momento histórico muito delicado que alterou, significativamente, os valores do povo americano. Todos pensavam desse modo, exceto cinco juízes que compunham a Suprema Corte e que, então, se insurgiram contra o plano econômico de Roosevelt, invocando a *cláusula do devido processo* e a *cláusula do comércio* para derrubar grande parte da legislação proposta pelo governo, inviabilizando, assim, o desenvolvimento de uma política progressista.

Esta tensão aumentou até que, logo no início de seu segundo mandato (1937-1940), o presidente Roosevelt anunciou, no dia 5 de fevereiro de 1937, seu plano de aumentar mais uma vaga na Suprema Corte para cada juiz que ultrapassasse 70 anos de idade e, assim, conseguiu fazer com que a Corte finalmente se rendesse e, sem que tenha ocorrido sequer uma nomeação, mudasse sua jurisprudência, passando a compactuar com as medidas de recuperação da economia propostas pelo governo e, conseqüentemente, com a promulgação de leis que, antes, os juízes consideravam contrárias à Constituição (ROOSEVELT, 1962, pp. 73-89; TRIBE, 1986, p. 80).

Assim, com a redenção da *Corte Hughes* e o fim do ativismo judicial (*negativo*) que caracteriza a maior parte da década de 30, sobretudo após a forte pressão política exercida pelo governo de Roosevelt, a Suprema Corte passou a presumir a constitucionalidade de toda legislação que intervinha no domínio econômico, adotando o que se convencionou chamar *rational basis test*, exigindo-se apenas que as leis fossem razoavelmente relacionadas a um objetivo político válido para que não tivessem sua invalidade decretada.

Por fim, a *era moderna* é considerada, sem sombra de dúvida, a mais importante das três, compreendendo o período que se inicia com a mudança ocorrida nos idos de 1937 e se estende até os dias de hoje, razão pela qual é sobre ela que nos concentraremos.

Segundo Wolfe (1994, pp. 6-7), com o recuo da Suprema Corte, inaugurou-se uma nova etapa, em cujo foco se deslocava da esfera econômica para as liberdades civis, na medida em que a primeira e a décima quarta emendas tornaram-se o mote de um ativismo judicial que até então não havia sido desenvolvido e que inscreveria, de uma vez por todas, a atuação desempenhada pela Suprema Corte na história do constitucionalismo: inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las.

Tal fenômeno atingiu seus anos de ouro com a famosa *Corte Warren* – presidida pelo juiz Earl Warren, entre 1953 e 1969 –, quando se proferiram decisões históricas, que provocaram uma verdadeira revolução constitucional, influenciando, certamente, a atividades de muitas outras cortes e tribunais (SCHWARTZ, 1996; TUSHNET, 1993; GREENBAUM, 1993; RODRIGUES, 1991; e, ainda, MORO, 2001).

Isto porque, embora não fosse, propriamente, um estudioso como muitos de seus colegas, Warren destacou-se pelo papel que atribuía à Suprema Corte na vida norte-americana, razão pela qual se opunha à postura *self-restraint* – que predominava antes de sua nomeação –, defendendo que o ativismo judicial deveria compensar as deficiências do processo político democrático (SCHWARTZ, 1996, p. 258).

Neste contexto, portanto, é que foi julgado, em 1954, o famoso caso *Brown v. Board Education* (347 U.S. 483) – um dos mais importantes da história da Suprema Corte –, em que a segregação racial predominante nas escolas públicas do sul dos Estados Unidos foi declarada inconstitucional, por unanimidade, levando em conta o princípio da igualdade (*equal protection of the law*), que havia sido inserido na Constituição norte-americana, em 1868, através da décima quarta emenda, que concedeu cidadania e alguns direitos civis a todos os *african americans*.

Este histórico precedente revogou o famoso caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), através do qual a Suprema Corte fundara a doutrina da *separated but equal*, afirmando a constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana que determinava *acomodações separadas, porém iguais para brancos e negros no transporte ferroviário*.

Assim, levando em conta que a segregação racial compromete o desenvolvimento educacional – e no voto de Warren há inclusive estudos de psicologia neste sentido –, a Corte não se limitou a reconhecer o direito dos requerentes de ingressarem em escolas reservadas apenas para brancos, mas lhes concedia direito a escolas em regimes integrados, exigindo a adoção de uma política pública de dessegregação que deveria ser implementada “com a máxima urgência” (LOCKHART *et al.*, 1996, p. 1173).

Na década de 60, mais especificamente a partir da saída dos juízes Charles E. Whitaker e Felix Frankfurter, ambos conservadores, e da entrada dos juízes Byron R. White e Arthur Goldberg, a *Corte Warren* passou a desempenhar um papel ainda mais decisivo na história norte-americana:

- (a) sobre a reordenação dos distritos eleitorais: em 1962, no caso *Baker v. Carr* (369 U.S. 186), a Corte admitiu que a ordenação dos distritos eleitorais não se tratava de uma *questão política* (*political question*) – como dizia o precedente *Colegrove v. Green* (328 U.S. 549), de 1949 –, mas também estava sujeita ao controle judicial; e, em 1964, no caso *Reynolds v. Sims* (377 U.S. 533), a Corte formulou o conhecido princípio *one man, one vote* (SCHWARTZ, 1997, pp. 62-64, 119-121);

- (b) sobre a liberdade de expressão: em 1964, no célebre caso *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), a Corte reverteu a condenação do jornal *New York Times* que publicara anúncio pago, de página inteira, intitulado *Heed Their Rising Voices*, no qual se solicitava auxílio para patrocinar a defesa de Martin Luther King, além de conter uma série de declarações imprecisas sobre as condutas policiais adotadas contra o movimento dos direitos civis dos afro-americanos –, em ação de danos contra a honra, movida pelos policiais do estado do Alabama, decidindo por unanimidade que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria ser preservada, salvo se provado que a matéria fosse falsa e publicada de maneira negligente ou maliciosa (LOCKHART *et al.*, 1996, p. 666); e, em 1969, no caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444), a Corte reverteu a condenação de um líder da *Klu Klux Klan* –que fora processado por defender a alteração da ordem através da violência, em contraste com a legislação penal de Ohio –, invocando a primeira emenda e a doutrina do juiz Oliver W. Holmes, sob o argumento de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não permite que um estado criminalize a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando se tratar de incitação capaz de produzir ações ilegais iminentes (LOCKHART *et al.*, 1996, p. 657).
- (c) sobre as garantias em matéria criminal: em 1963, no caso *Gideon v. Wainwright* (372 U.S. 335), a Corte estendeu aos acusados perante os tribunais estaduais o direito à assistência judiciária gratuita – caso não tivessem condições de constituir advogado – previsto na sexta emenda para os acusados perante tribunais federais, revogando o precedente *Betts v. Brady* (316 U.S. 455), de 1942, segundo o qual se entendia que as dez primeiras emendas protegiam os cidadãos apenas da União, e não dos estados da federação (WOLFE, 1994, pp. 272-274); e, sobretudo, em 1966, no julgamento do histórico caso *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436), a Corte garantiu, por maioria de 5 x 4, o exercício do direito de proteção contra a auto-incriminação – previsto na quinta emenda, onde consta que ninguém será obrigado a produzir prova contra si –, proibindo a extração forçada de confissões e, inclusive, estabelecendo uma série de regras a serem obedecidas durante os interrogatórios policiais, a fim de evitar que os tribunais inferiores tivessem que examinar, caso a caso, a legalidade das declarações prestadas pelos acusados perante a autoridade policial (WOLFE, 1994, p. 294).

Observa-se, neste contexto, que a Corte Warren é fortemente marcada por uma postura ativista – que se concentra, sobretudo, na preservação dos direitos e garantias fundamentais (DWORKIN, 2002, p. 220-234) –, de maneira que a jurisdição constitucional

não coloca em xeque o regime democrático, mas o fortalece, ao contrário do que se verifica, por exemplo, na *Corte Hughes*, durante a *era de transição*.

De todo modo, após o período considerado mais ativista da Suprema Corte, com a aposentadoria do juiz Earl Warren, em 1969, Nixon nomeia seu sucessor – o juiz Warren E. Burger –, que assume a presidência da Corte, cujo caminho começa a se afastar daquele trilhado por Warren.

Ocorre que, ao contrário do que se esperava, a *Corte Burger* não conseguiu impedir o liberalismo do juiz William Brennan Jr. e manteve a grande maioria das decisões rotuladas de ativistas (MICHELMAN, 2004).

Tanto é assim que, em 1973, no caso *Roe v. Wade* (410 U.S. 113), a Corte Burger anulou a legislação do estado do Texas – que proibia o aborto, exceto quando fosse para salvar a vida da gestante –, sob o argumento de que a interrupção da gravidez não poderia ser indistintamente criminalizada. Tal decisão baseou-se no direito à privacidade – cujo precedente remete à *Corte Warren* (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, de 1965) – e conferiu autonomia total à mulher no primeiro trimestre de gestação, resultando na reforma legislativa de 46 estados da federação (SCHWARTZ, 1997, pp. 121-123).

Na verdade, apesar das nomeações feitas por presidentes republicanos com o intuito de reverter a jurisprudência liberal, a Suprema Corte voltou a assumir um perfil moderadamente conservador somente a partir de 1986 –, quando Ronald Reagan nomeou o então juiz William H. Rehnquist presidente da Corte, cujo legado foi a defesa do federalismo contra a centralização do governo federal, além da maior alteração de precedentes da história da Corte.

Talvez o melhor exemplo disso seja o célebre caso *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186), de 1986, em que a Corte julgou constitucional a legislação do estado da Georgia que criminalizava a prática sexual da sodomia por considerá-la um ato imoral e antijurídico. Tal precedente foi revogado somente em 2003, pelo caso *Lawrence v. Texas* (538 U.S. 588), quando a Suprema Corte reconheceu seu equívoco e declarou a inconstitucionalidade da legislação ordinária.

Entre as decisões polêmicas da *Corte Rehnquist*, também merece destaque o caso *Bush v. Gore* (521 U.S. 98), em 2000, no qual a Suprema Corte decidiu – por maioria de 5 x 4 – que o método de contagem dos votos empregado pelo tribunal da Flórida era inconstitucional porque violava a cláusula de proteção igualitária prevista na décima quarta emenda, o que resultou na eleição do presidente George W. Bush (2001-2005), após impedir a computação dos resultados da recontagem manual de votos.

Com a morte do juiz Rehnquist, em 2005, o presidente George W. Bush nomeou o juiz John Roberts Jr., que assumiu a presidência da Suprema Corte e, desde então, vem mantendo o perfil republicano que a caracteriza nestas últimas décadas, voltando-se para uma interpretação *originalista* da Constituição, isto é, uma interpretação

baseada na objetividade do texto e na ideia de que seu o sentido deve ser orientado a partir dos autores da Constituição, no caso norte-americano os *Framers*.

Registre-se, em sentido contrário, todavia, o caso *Boumediene v. Bush* (553 U.S. 723), de 2008, em que a Suprema Corte decidiu – pela maioria de 5 x 4 –, com base na *suspension clause* e na quinta emenda, que os presos de Guantánamo não poderiam ser privados de sua liberdade sem que lhes fosse garantido o devido processo legal, revertendo a decisão do *D. C. Circuit*, cuja base legal remetia ao *Military Commissions Act*, aprovado em 2006 pelo Congresso.

De qualquer modo, ao longo dos anos, o ativismo judicial norte-americano acumulou inúmeros inimigos, recebendo severas críticas, tanto dentro da Suprema Corte – no caso, o juiz Antonin Scalia – como também fora dela, incluindo a Casa Branca, mais especificamente o presidente Nixon (DWORKIN, 2002, p. 206).

Sob outra perspectiva, ainda, parte da doutrina destaca que o ativismo da Corte também acabou gerando um fortalecimento da legislação, de maneira que vem se desenvolvendo um intercâmbio interessante a respeito da experiência da *civil law* no interior da tradição da *common law* (WALDRON, 2003).

Em suma: muito embora as diferentes experiências que caracterizam a jurisdição constitucional norte-americana, verifica-se que a discussão acerca da interferência do Poder Judiciário nas outras esferas atravessa as três eras apresentadas por Wolfe (1994), o que permite concluir que o ativismo judicial pode assumir as mais diversas formas, não devendo ser relacionado, exclusivamente, com a intervenção exercida, positivamente, pela Suprema Corte (DWORKIN, 2002, pp. 215-231).

3 O BUNDESVERFASSUNGSGERICHT E A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

No romance *O leitor*, Bernhard Schlink (2009) retratou, primorosamente, as profundas cicatrizes que a Segunda Guerra Mundial deixou na Alemanha, cujos efeitos produzidos – entre eles a inauguração da crise do positivismo jurídico – resultaram na transformação do modo de compreender, interpretar e aplicar o direito (TRINDADE, 2010).

Na verdade, o problema se inicia, logo após o final da guerra, em 1946, quando Gustav Radbruch reformula seu pensamento, em razão da experiência sem precedentes proporcionada pelo regime nazista, e publica um polêmico artigo – intitulado *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* (RADBRUCH, 1962) –, através do qual busca a superação do positivismo, sob o argumento de que tal matriz teórica é incapaz de tratar da questão da validade por causa da separação que estabelece entre direito e moral. Este pequeno artigo – ainda pouco trabalhado em *terrae brasilis*, mas estudado em todo o mundo em face do grande impacto que provoca na teoria do direito contemporâneo –, no qual

Radbruch reitera que o direito deve ser entendido como uma ordem ou instituição cujo sentido é servir à justiça, pode ser dividido em duas partes: na primeira, o autor comenta as consequências da *legalidade* do regime nazista, descrevendo casos que exemplificam esta problemática; na segunda, o autor concentra-se na superação do positivismo jurídico – que não consegue explicar a validade das leis –, apresentando sua conhecida fórmula *injustiça extrema não é direito* – segundo a qual a maior parte do *direito* produzido pelo regime nazista não mereceria sequer a qualidade de direito –, aplicada pelos tribunais alemães do segundo pós-guerra e adotada, mais recentemente, por Robert Alexy (1997, 2005).

Tais mudanças implicam o surgimento de novas propostas jusfilosóficas dispostas a reconhecer o fracasso do direito – o que se verificara, lamentavelmente, durante os regimes totalitários – e, então, repensar o seu sentido e vínculos com o agir humano, levando em conta a necessidade de se afirmar sua autonomia, sobretudo em relação à política, para além dos procedimentos lógico-formais que tentavam garantir as especificidades do direito.

Segundo Castanheira Neves (2003, p. 104), “o problema deixava de ser apenas o da *legitimidade* (legitimidade política) da criação-constituição do direito, do direito-lei [...] para ser o problema do *fundamento-validade* constitutiva do direito enquanto direito”.

Neste contexto, um dos reflexos mais significativos deste paradigma que se inaugura no campo do direito após o término da guerra foi, precisamente, a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (CRUZ, 2006, pp. 5-18 e 31-36) e, nos anos sucessivos, o surgimento de uma postura decorrente do papel estratégico conferido ao Tribunal Constitucional Federal – em alemão, *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* – que ficou conhecida como *jurisprudência dos valores*.

Na verdade, a jurisprudência dos valores é o movimento impulsionado a partir da atividade exercida pelo tribunal constitucional que retoma o protagonismo judicial no cenário alemão, cujo objetivo era romper com o modelo jurídico vigente a época do nazismo e, paralelamente, legitimar as decisões tomadas com base na Constituição outorgada, em 1949, pelos aliados.

Registre-se que, muitas vezes, considerando a tradição decorrente do adágio latino *tempus regit actum* e a necessidade de escapar da aplicação das leis produzidas durante o regime nazista, os tribunais alemães precisaram enfrentar inúmeros casos cujas decisões eram tomadas *extra legem* e, em algumas situações, até mesmo *contra legem*.

Neste contexto, buscando superar os impasses da legislação nacional socialista e romper com o positivismo legalista, a jurisprudência de valores se vê obrigada a buscar alternativas metodológicas – muitas vezes se falou em um direito suprapositivo – capazes de evitar o formalismo que caracterizava a tradição jurídica alemã (KAUFAMNN e HASSEMER, 2002, p. 123).

Para tanto, a jurisprudência dos valores, que também ficou conhecida como *jurisprudência dos tribunais*, inspirou-se na *jurisprudência dos interesses* – que se afastara da ciência jurídica e do primado da lógica, consagrando os valores inerentes à vida – e lançou suas bases em uma interpretação construída a partir de critérios supralegais de valoração que devem orientar a atividade jurisdicional.

Nesse sentido, Lamego (1990, p. 80) afirma que a jurisprudência de valores pode ser representada como o período da “perda das certezas do pensamento jurídico”, em alusão à crise das certezas matemáticas das concepções até então vigentes. A despeito disso, aliás, existem trabalhos que pretendem compatibilizar esse aspecto valorativo e problemático introduzido pela jurisprudência dos valores com uma estrutura de coerência e dedutibilidade inerente à ideia de sistema. Esse é o caso, por exemplo, de Claus-Wilhelm Canaris (2008, §2), que define o sistema jurídico como uma “ordem axiológico-teleológica de princípios jurídicos gerais”, a partir de uma visão da evolução metodológica no domínio do direito privado alemão, argumentando em defesa de uma concepção de direito como *sistema aberto*, tal como entende a jurisprudência dos valores, em contraposição ao sistema fechado e estático postulado pelo pensamento conceitual-sistemático que se ancorava nos pressupostos filosóficos do modelo axiomático-dedutivista jusracionalista. Entretanto, construções teóricas como as formuladas por Canaris seguem a mesma estrutura de pensamento que sustenta as considerações do racionalismo moderno, incluindo apenas o elemento axiológico no interior do conceito de sistema. Todavia, o direito não se libera do modelo matemático de pensamento através da simples substituição da dedução por outro tipo de procedimento metodológico qualquer. Em suma, tudo indica que o autor não percebe que o problema do direito passa pela revisão da ideia de fundamento que sustenta o pensamento jurídico contemporâneo.

Desse modo, ao fundamentar suas decisões, o tribunal constitucional alemão passou a construir argumentos fundados em princípios axiológicos (*valores materiais*), buscando estabelecer um *direito* que ultrapassava os limites da *lei*. Para isto, entretanto, foi preciso criar mecanismos – como, por exemplo, as cláusulas gerais e os enunciados abertos, além de inúmeros princípios – que permitissem justificar, concretamente, suas decisões.

Conforme assinala Tomaz de Oliveira (2008, p. 63), ocorre um deslocamento do elemento abstrato-sistemático para a atividade concreta do juiz, que, no interior da jurisprudência dos valores, deixa de ser uma simples dedução de conceitos – parte da estrutura sistemática da ordem jurídica – e passa a ser entendida a partir da necessidade de justificação das decisões judiciais diante dos critérios supralegais de valoração que surgem como elementos constitutivos da normatividade jurídica. Dessa forma, os juízes deparam-se com a tarefa de se indagar a respeito dos métodos racionais de conhecimento de valores, levando em conta a problemática oferecida pelo caso que será julgado, o que resulta na ampliação do espaço da discricionariedade judicial. Essa nova tarefa

implica a revisão da teoria do direito, sobretudo em face da importância que assume a função desempenhada pelos princípios na fundamentação das decisões. Trata-se, em suma, de um dos sintomas que evidenciam o esgotamento do modo tradicional de se olhar para o direito.

O resultado disso é conhecido de todos: muito embora o sistema jurídico germânico pertencesse à tradição da *civil law*, tornou-se recorrente a ideia de que a intensa atividade de seu Tribunal Constitucional Federal devesse ser considerada fonte primária da ciência jurídico-constitucional dogmática. Nesse sentido, aliás, é ilustrativa a declaração dada por Roman Herzog – à época presidente do Tribunal Constitucional Federal (1987-1994) e, depois, Presidente da República Federal da Alemanha (1994-1999) – de que, em 1949, o direito constitucional alemão era constituído pelos 146 artigos da *Grundgesetz*, mas quarenta anos após sua entrada em vigor ele se constitui de, aproximadamente, 16.000 páginas de jurisprudência constitucional.

Todavia, para uma adequada compreensão da jurisprudência dos valores, é necessário distinguir dois momentos:

- (a) no primeiro, há uma espécie de *restauração* do jusnaturalismo – fundada em uma *ontologia de valores*, nos termos propostos por Max Scheler e Nicolai Hartmann, ou em uma *filosofia transcendental dos valores*, conforme sustentava Gustav Radbruch, adotando a linha neokantista da Escola de Baden –, que afirmava a existência de conteúdo axiológico ou ético-material de natureza suprapositiva como fundamento constitutivo do direito (LARENZ, 1997, pp. 163-182; KAUFAMNN e HASSEMER, 2002, pp. 124-126; CASTANHEIRA NEVES, 2003, pp. 37-42);
- (b) no segundo, por sua vez, ocorre a construção de mecanismos e procedimentos – e, aqui, surge a *ponderação de princípios* (*Abwägung*), mais tarde aperfeiçoada por Alexy – capazes de justificar racionalmente as decisões e, assim, afastar a crítica do relativismo, tendo em vista que sua finalidade é, precisamente, minimizar a discricionariedade da atividade jurisdicional (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, pp. 60-62).

Tal posicionamento pode ser observado, facilmente, na jurisprudência produzida desde o início da década de 50, segundo a qual a Lei Fundamental teria estabelecido uma ordem vinculante de valores, cuja interpretação autêntica compete ao tribunal constitucional alemão.

Nesse sentido, cumpre referir que já apontavam em tal direção as decisões através das quais se proibiram os partidos políticos *Sozialistische Reichspartei* (SRP) e *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD), respectivamente em 1952 e 1956 (*BverfGE* 2, 1 e *BverfGE* 5, 85) –, assim como o conhecido caso *Elfes* (*BverfGE* 6, 32), de 1957, em cuja sentença consta que “a *Grundgesetz* estabeleceu uma ordem axiológica que

limita o poder público. Por meio dessa ordem, a autonomia, a responsabilidade pessoal e a dignidade humana devem estar garantidas no Estado” (SCHWABE, 2005, p. 194).

Todavia, entre as inúmeras decisões proferidas pelo tribunal constitucional alemão durante a sua primeira década de atividade, uma das mais conhecidas e importantes para a consolidação da jurisprudência de valores é o famoso caso *Luth* (*BVerfGE* 7, 198). Isto porque, como se sabe, nesta decisão encontram-se as bases daquilo que se convencionou denominar *dogmática geral dos direitos fundamentais*, além de mencionar, pela primeira vez, que os direitos fundamentais apresentam uma estrutura dual, através da qual são entendidos como direitos públicos subjetivos de resistência direcionados contra o Estado e, simultaneamente, como ordem axiológica objetiva. Conforme estabelece a sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental não institui um ordenamento neutro, na medida em que ela estabeleceu “em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo” e, justamente em função deste, houve “um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais” (SCHWABE, 2005, pp. 387-388).

Além disso, esta conhecida decisão ainda tratou, ineditamente, da eficácia horizontal (*Drittwirkung*) e do efeito limitador (*Wechselwirkung*) dos direitos fundamentais, bem como da exigência de *ponderação* dos direitos fundamentais, levando em conta as especificidades no caso concreto (SCHWABE, 2005, pp. 393).

Observa-se que, no caso *Luth*, o tribunal constitucional não só parte da ideia de que a Constituição como uma ordem de valores – uma ordem objetiva axiológica – que conforma a vida social e que se aplica em todos os âmbitos do direito, mas também estabelece os conceitos centrais de valor, ordenamento valorativo, hierarquia valorativa e sistema de valores, sobre os quais se fundamentarão suas futuras decisões.

Paralelamente à postura assumida pelo tribunal constitucional, parte da doutrina publicista alemã também se preocupa em defender a constituição como uma ordem de valores, cujas origens se vinculam à *teoria da integração* de Rudolf Smend – segundo a qual o estado é uma entidade dinâmica em permanente renovação, isto é, em processo de integração em uma comunidade de valores, de culturas e de experiências – e que tem seu desenvolvimento nos trabalhos de Gunter Durig, Hans Nipperdey e Otto Bachof, entre outros (CRUZ, 2006, pp. 10-18).

De outro lado, contudo, especialmente após o caso *Luth*, a concepção axiológica da Constituição passa a ser alvo de inúmeras e contundentes críticas, seja por parte de alguns juízes do próprio tribunal, seja por parte da doutrina. Nesse sentido, inclusive, Cruz (2006, p. 28) destaca que esta concepção axiológica “lejos de establecer un dique frente a la situación política anterior a 1945, habría abierto la puerta, en opinión de los más críticos, a un nuevo Estado Total, marcado por el totalitarismo de los valores constitucionales, lo cual supone la continuidad de la visión estatalista decimonónica”.

Para ele, quando uma Constituição é assumida como um sistema de valores – e, portanto, deixa de ser apenas um sistema de garantias – surgem as condições para “el nacimiento de un nuevo estatismo que habrá de servir para conformar los individuos y la sociedad según la voluntad discrecional de los poderes públicos, fundamentalmente la del Tribunal Constitucional, intérprete último de la Constitución” (CRUZ, 2006, p. 28).

Ainda nesta mesma linha, cabe referir que, no início da década de 60, Ernst Forsthoff formula as primeiras objeções que, marcadas por seu caráter nitidamente liberal, são dirigidas tanto contra o modelo do Estado constitucional de direito – em face do processo de socialização e da rematerialização proposta – quanto contra o tribunal constitucional alemão, cuja atuação pode resultar na *desformalização* da constituição e, conseqüentemente, na conversão do *estado de direito* em um *estado judicial* (CRUZ, 2006, pp. 36-56).

Na mesma direção, ainda, merecem destaque as críticas filosófico-jurídicas desenvolvidas por Ernst-Wolfgang Böckenförde, que recaem sobre os seguintes aspectos: (a) a fundamentação valorativa dos direitos fundamentais; (b) o problema da ponderação; (c) o totalitarismo constitucional (CRUZ, 2006, pp. 62-75).

Por fim, não se pode olvidar a contundente crítica feita por Jürgen Habermas (1997) em defesa da democracia constitucional ao questionar a legitimidade das decisões do tribunal constitucional alemão, sustentando que, para a corte não se tornar uma espécie de poder constituinte autônomo e permanente, seus discursos de aplicação devem obedecer a uma argumentação deontológica, entendida como a única maneira de se obter, procedimentalmente, a única solução correta para cada caso concreto. Isto implica, entretanto, conceber os direitos como autênticos princípios, e não como valores que podem ser ponderados através de um raciocínio axiológico ou teleológico, como propõe a jurisprudência de valores. Trata-se, em suma, de “encontrar, entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes” (HABERMAS, 1997, v. 1, pp. 322-323).

Na verdade, o filósofo alemão entende que o modelo de democracia constitucional não deve se fundamentar em valores compartilhados e, tampouco, em conteúdos substantivos. Neste contexto, Habermas volta suas baterias para a *jurisprudência de valores* – adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã –, defendendo que, no Estado democrático de direito, o papel a ser desempenhado pelos tribunais constitucionais deve ficar restrito a uma compreensão procedimental da Constituição. Isto significa dizer que os tribunais devem se limitar, portanto, a garantir o processo de criação democrática do direito – através do qual os cidadãos possam estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e as formas de sua solução –, ao invés de atuarem como pretensos guardiões de uma suposta ordem suprapositiva de valores substantivos.

De todo modo, é importante deixar claro que todas estas críticas, ao contrário do que se pode imaginar, não enfraquecem a atividade desempenhada pelo Tribunal Constitucional alemão, mas fazem com que suas decisões – especialmente aquelas sobre os direitos fundamentais – constituam objeto dos mais importantes estudos jurídicos em todo o mundo.

Aliás, muitas são as decisões que poderiam ser utilizadas para ilustrar o alto grau de intervenção judicial que vem caracterizando a atuação do tribunal constitucional alemão. Todavia, considerando os limites deste artigo, duas devem ser aqui mencionadas:

- (a) o caso *Schwangerschaftsabbruch I* (*BVerfGE 39, 1*), de 1975, em que o tribunal, com base no art. 2, II, 1, GG, declarou nulo o § 218a StGB – *regra do prazo*, que descriminalizou o aborto praticado até 12 semanas desde a concepção –, cuja redação foi alterada pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal, em 1974 – além de ordenar as formas de regulamentação das indicações de aborto até o início da vigência da nova legislação – sob o argumento de que o legislador violou o *dever de proteção do Estado* (SCHWABE, 2005, pp. 266-273; GRIMM, 2007; STRECK, 2008);
- (b) o caso *Mauerschutzen* (*BVerfGE 95, 96*), julgado pelo Tribunal Supremo Federal, que manteve a condenação de dois soldados da RDA – pelo assassinato de um jovem que escalava o muro de Berlim na tentativa de cruzar a fronteira –, invocando a famosa *fórmula Radbruch* para invalidar o § 27 da Lei de Fronteiras da RDA, de 1982 – que autorizava a utilização de armas de fogo como último e extremo recurso para impedir o cometimento de um crime grave –, cujo teor da decisão restou confirmado pelo Tribunal Constitucional Federal (*BverfG*, EuGRZ, 1996, 538), durante o julgamento dos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA que respondiam por sete casos de homicídio ocorridos na fronteira interna da Alemanha, entre os anos de 1971 e 1989, entre os quais estava o caso *Mauerschutzen* (ALEXY, 2004).

Neste contexto, observa-se que, ao longo dos seus sessenta anos de atividade, o tribunal constitucional alemão vem mantendo a postura inaugurada pela jurisprudência de valores e resistindo às mais diversas críticas – veja-se, por todas, aquela formulada por Ingeborg Maus (2000), para quem, desde o final da guerra, o Tribunal Constitucional alemão vem substituindo a função paterna, em face da orfandade da sociedade germânica – no sentido de que suas decisões evidenciam um relativismo axiológico interpretativo que compromete os ideais democráticos.

Em suma, a jurisprudência dos valores foi uma das primeiras respostas jurídicas à crise de paradigma inaugurada após a queda do Terceiro Reich. No entanto, a sua

consolidação e conseqüente exportação para o resto do mundo – especialmente para a América Latina – vêm potencializando a discricionariedade judicial, através da técnica da ponderação – sob o álibi teórico de uma maior racionalidade do discurso jurídico – enfraquecendo, assim, a normatividade da Constituição e, indiretamente, as próprias bases do regime democrático.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PÊNDELO DE FOUCAULT

Sem desconsiderar que a história do *Supremo Tribunal Federal* abranja, de certo modo, o período equivalente ao próprio desenvolvimento histórico do Brasil – visto que criado após a independência, com o advento do Império, quando se chamava *Supremo Tribunal Justiça* (RODRIGUES, 1965) –, o estudo ora proposto limita-se explorar o papel por ele desempenhado a partir da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, que inaugura o chamado *constitucionalismo democrático brasileiro*.

Para além de um novo texto constitucional ou de um novo fundamento de validade do ordenamento jurídico, com todas as suas implicações materiais e formais, a Constituição de 1988 provocou, nitidamente, uma ruptura paradigmática na história do direito brasileiro – seja pela oposição ao regime autoritário (PAIXÃO e BARBOSA, 2008), seja no que diz respeito aos compromissos firmados pelo constituinte, seja ainda em face da nova relação que se estabelece entre sociedade e Estado (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009) –, conferindo ao Poder Judiciário e a todos os seus atores o papel de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático.

Portanto, transcorridos mais de vinte anos desde o advento da Constituição Cidadã – conquista que deve ser comemorada, uma vez que modificou decisivamente o rumo da nação –, é importante analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal ao longo deste período e a posição que ele assume – assim como as demais instâncias do Poder Judiciário – na arquitetura do Estado Democrático de Direito.

Trata-se, com efeito, de um exame acerca dos avanços e retrocessos promovidos pelo *guardião da Constituição* nestas duas décadas, isto é, um balanço crítico a respeito da evolução da jurisprudência constitucional brasileira diante dos inúmeros desafios – entre eles um *impeachment* – que se colocaram no cenário político, econômico e social do país (TRINDADE e GUBERT, 2008).

Todavia, para uma melhor compreensão deste fenômeno, convém dividir o constitucionalismo democrático em três momentos bastante distintos e, em alguma medida, sobrepostos, que correspondem ao que, aqui, se denominarão: (a) a fase da *ressaca*, (b) a fase da *constitucionalização* e (c) a fase *ativista*.

No primeiro momento – *fase da ressaca* –, que se inicia em 1988, observa-se a instalação de uma crise de modelo de direito, especialmente no âmbito da dogmática

jurídica, em face da necessidade de se operar uma filtragem constitucional de todas as normas do ordenamento jurídico.

Como se sabe, a Constituição brasileira, ao seguir a mesma linha das demais constituições do segundo pós-guerra, é um verdadeiro marco, porque, de um lado, ela pode ser vista como o resultado de um processo lento e gradual que sepulta definitivamente a ditadura, com a abertura à redemocratização, contando, inclusive, com expressiva participação popular em sua elaboração, e, de outro, ela inaugura um novo modelo de Estado, voltado ao cumprimento das promessas da modernidade, cuja construção, porém, deve ser entendida como um exercício permanente da cidadania.

Ocorre que a concretização deste projeto constitucional implicava uma mudança radical no perfil dos juristas, que deveriam abandonar a função de operadores e assumir o papel de atores jurídicos. Naturalmente, tal fenômeno nunca é imediato, de maneira que, durante praticamente uma década, o novo continuou sendo visto com os olhos do velho modelo: a Constituição de 1988, portanto, tardou a produzir seus primeiros efeitos, já que, no Brasil, não havia a cultura jurídica necessária para a sua devida e adequada compreensão. A título ilustrativo, convém recordar que a composição do Supremo Tribunal Federal permaneceu idêntica após a promulgação da Constituição de 1988, de modo que tanto sua renovação quanto a oxigenação de sua jurisprudência dependeu da aposentadoria dos ministros nomeados ainda durante a vigência do regime militar. O mesmo fenômeno ocorreu nas demais cortes do país.

No entanto, conforme assinala Ferrajoli (2004, pp. 210-211), verifica-se que este acontecimento não é uma exclusividade brasileira, visto que a constitucionalização do ordenamento jurídico italiano pós-fascismo também precisou enfrentar anos de (re) construção do horizonte axiológico, que determinava toda a legislação infraconstitucional, além da (de)formação dos juristas, por vezes refratários às prescrições constitucionais.

Observa-se, assim, que, para se compreender a dimensão da mudança operada pela Constituição, era imprescindível uma radical alteração na própria formação dos atores jurídicos – juízes, promotores, defensores, procuradores, advogados, servidores da justiça e, sobretudo, professores –, cujo saber técnico ainda se limitava ao plano infraconstitucional, impedindo, assim, fossem levadas a cabo as transformações resultantes do constitucionalismo contemporâneo.

Tal fenômeno vem identificado por Streck (2004, p. 216) através da expressão *baixa constitucionalidade*, empregada para designar a precária compreensão que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm acerca da Constituição e explicar as razões pelas quais, repetidamente, o direito constitucional vem sendo relegado a um plano secundário.

Na verdade, o que se evidencia é que o ensino jurídico não acompanhou a guinada provocada pela Constituição de 1988, de modo que a doutrina nacional permaneceu reproduzindo a dogmática jurídica tradicional, marcada pela herança, por um lado, do

paradigma liberal-individualista-normativista e, por outro, do paradigma da filosofia da consciência, obstaculizando, assim, decisivamente, o processo de filtragem e de constitucionalização do direito.

No plano jurisdicional, basta ver a postura de contenção (*judicial self-restraint*) assumida pelo Supremo Tribunal Federal e pelos demais tribunais, que, durante esta primeira década, recusavam-se a garantir a prestação dos direitos fundamentais sociais, a controlar a edição de medidas provisórias ou mesmo examinar a constitucionalidade dos regimentos internos do Congresso Nacional, tudo com base na importação da *political questions doctrine*.

Neste contexto, portanto, é que repercute, no Brasil, a concepção de *normas programáticas* desenvolvida por Vezio Crisafulli (1952), a partir do debate em torno da necessidade de efetivação da Constituição italiana. Ocorre que tanto a doutrina quanto os tribunais brasileiros não compreenderam a aguda crítica de Crisafulli a respeito de sua aplicação, de modo que as normas programáticas tornaram-se sinônimo de normas sem utilidade, convertendo-se em um incômodo que, na prática, bloqueava o desenvolvimento econômico, conforme sustentavam os setores mais conservadores da comunidade jurídica.

Tal fenômeno não se difere, de nenhum modo, daquele verificado, por exemplo, nos anos sucessivos à promulgação da Constituição italiana de 1948, quando a Corte de Cassação neutralizou o alcance normativo dos princípios ao negar sua idoneidade para invalidar a legislação fascista sob a caracterização das normas constitucionais como programáticas ou de eficácia diferida (FERRAJOLI, 2004, p. 213-214).

E, aqui, o exemplo que talvez melhor ilustre esta etapa foi o esvaziamento operado pelo Supremo Tribunal Federal, em 1990, da figura do *mandado de injunção*:

Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. – Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. – Assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q –, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator (MI-QO n.º 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, julgado em 23/11/1989).

Seguindo esta linha, então, a *fase da ressaca* pode ser caracterizada como o período – sucessivo à promulgação da Constituição – em que a crise do direito é resultado desta dificuldade de se compreender o novo paradigma que institui o Estado Democrático de Direito, de maneira que grande parte das inovações trazidas pela Constituição restaram encobertas, especialmente no que diz respeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade e ao catálogo de direitos fundamentais (STRECK, 2009, 2004).

Registre-se que, à época, a resistência ao *establishment* era feita sob apenas duas frentes: de um lado, pelas denominadas *teorias críticas do direito* – inspiradas no pensamento de Michel Miaille (1979) –, formuladas por Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Souza Junior, Luis Alberto Warat, Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, José Eduardo Faria etc. (FRAGALE FILHO e ALVIM, 2007), sobretudo na década 80; e, de outro, pelo chamado *movimento do direito alternativo* – inspirado na magistratura democrática italiana –, do qual participaram João Baptista Henkenhoff, James Tubenchlak, Amilton Bueno de Carvalho, Rui Portanova, Edmundo Lima de Arruda Júnior, Lédio Rosa de Andrade, entre outros, especialmente a partir da realização do *I Encontro Internacional de Direito Alternativo*, em Florianópolis, no início da década de 90 (ANDRADE, 1996).

No segundo momento – a *fase da constitucionalização* –, que começa ainda no final da década de 90, ocorre o *descobrimento* da Constituição e de seus princípios – estimulado pela contribuição de Gomes Canotilho (1982) –, o que possibilita, finalmente, o processo de constitucionalização do direito, a partir da filtragem das normas que não se encontravam em conformidade com o novo fundamento de validade do ordenamento jurídico (CANOTILHO e MOREIRA, 1991).

Tal fenômeno se deve, contudo, ao fortalecimento de certas posturas críticas que buscavam compreender o constitucionalismo democrático – influenciada pelos eventos que marcaram os anos 70 e 80 e pelas inúmeras correntes que surgiram na Europa – e que resultaram na formação de uma nova safra de juristas, cuja produção teórica colaborou decisivamente para o desenvolvimento de um direito constitucionalizado.

Assim, estimulado por uma parcela da doutrina que indicava a necessidade da construção de uma teoria constitucional, o direito público começa, gradualmente, a conquistar espaço maior, à medida que os tribunais são estimulados pela sociedade a desempenhar um papel menos passivo, sobretudo em relação à concretização dos direitos fundamentais.

Impossível não registrar aqui – mais uma vez – que o processo pelo qual atravessou o constitucionalismo democrático brasileiro parece ter seguido os mesmos passos da cultura jurídica italiana, conforme aponta Ferrajoli (2004, p. 219):

el fenómeno más disruptivo en la cultura jurídica de los años sesenta y setenta fue el descubrimiento de la constitución, con el que empiezan a tomarse seriamente las innovaciones

introducidas en el paradigma del derecho positivo. Precisamente por sus diferencias con el viejo ordenamiento y por su ubicación en el vértice de las fuentes, la Constitución rompe con la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema jurídico, que constituían los dogmas metateóricos del viejo juspositivismo. La Corte constitucional se había instituido en 1956 y, desde sus primeras sentencias, archivó la vieja tesis de que las normas constitucionales tenían un carácter programático y no inmediatamente normativo; asimismo, realizó un primer saneamiento de las leyes de seguridad pública y de derecho penal. De esta forma, con el juicio constitucional de invalidez de las leyes, entró en crisis la presunción de legitimidad de todo el derecho positivo, así como la neutralidad política del propio derecho que había sido defendida por el viejo positivismo jurídico.

Assim, portanto, observa-se uma tendência voltada à superação do positivismo legalista e uma tímida virada da jurisprudência no sentido de efetivar o texto constitucional através de sua interpretação, ambas estimuladas pelos estudos que surgem no campo da hermenêutica e da argumentação jurídica.

Desse modo, paulatinamente, as decisões dos tribunais estaduais e regionais que antes negavam direitos sociais cedem lugar àquelas que conferem eficácia imediata às normas constitucionais, assegurando a prestação de saúde, educação, moradia, previdência, entre outros.

O mesmo movimento se verifica tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal – por exemplo, o RE n.º 271.286-AgR, relativo à concessão gratuita de medicamentos para portador do vírus HIV –, com a renovação de seus ministros e, sobretudo, com o advento das Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99, regulamentadoras do trâmite processual necessário da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, bem como da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça – por exemplo, RMS 11.183/PR, também relativo ao fornecimento de medicamentos –, registra um aumento significativo de demandas voltadas à efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, com a judicialização da política, os tribunais passaram a adotar uma postura cada vez mais atuante, de maneira que suas decisões começaram a interferir em uma esfera de domínio quase que exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo: as políticas públicas e, conseqüentemente, os orçamentos públicos.

Na verdade, os tribunais deixaram de exercer uma função de mero aplicador de leis e assumiram o papel de protagonista na concretização dos direitos, acreditando, ingenuamente, na ideia de que a Constituição é um remédio para todos os males e de que, com ela – aliada a outros instrumentos, tais como os *princípios* e as *cláusulas abertas* –, é possível chegar a qualquer resultado através da argumentação jurídica, o que nos leva ao tema problematizado neste artigo: o *ativismo judicial*.

No terceiro momento – *fase ativista* –, cujo marco inicial pode ser considerado, simbolicamente, a renovação na composição dos ministros do STF, em 2003, e a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, em 2004, verifica-se um crescente

estímulo à adoção de práticas ativistas, que não se restringem à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas alcançam todas as instâncias judiciais, o que vem gerando aplausos e críticas da sociedade brasileira.

E é precisamente nesta terceira fase – marcada pela instituição de um *ativismo judicial à brasileira* (VERÍSSIMO, 2008) – em que nos encontramos. Tal postura, entretanto, ainda não foi suficientemente estudada no Brasil, onde a bibliografia se mostra restrita (VALLE, 2009; RAMOS 2010; SOARES, 2010; VITÓRIO 2011; COUTINHO, 2011; LEAL, 2011) e a expressão *ativismo judicial* vem empregada das mais diversas formas, sem maiores compromissos no sentido de delimitar seu significado, de maneira que vem se disseminando, rapidamente, a falácia segundo a qual “o ativismo judicial é imprescindível para a concretização de direitos” (*sic*).

Nesse contexto, aliás, um dos autores que buscou abordar este tema com alguma profundidade foi Luis Roberto Barroso. Entretanto, para ele, “a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2011, p. 365). Em outras palavras, o ativismo judicial estaria relacionado apenas com a *expansão da atividade jurisdicional*, e não com a *criação do direito*.

Ocorre que, ao contrário da leitura otimista sugerida por Barroso (2011) – segundo a qual o ativismo é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo, em face da fluidez da fronteira entre *política* e *direito* –, o ativismo judicial torna-se um fenômeno muito mais complexo e perigo, especialmente às jovens democracias constitucionais, quando entendido como a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.

Isto porque, a partir de uma recepção absolutamente descontextualizada das experiências judiciais norte-americana e alemã, desenvolve-se um ativismo judicial *sui generis* – sob os influxos do neoconstitucionalismo, fundado no protagonismo conferido aos juízes –, que não leva em conta as especificidades que conformam a realidade jurídica brasileira (STRECK, 2011, p. 47-55).

Vejam algumas delas: (a) a promulgação de uma constituição democrática, marcada por um amplo catálogo de direitos fundamentais, além da presença de uma pluralidade de interesses políticos, sociais, econômicos e culturais; (b) a previsão de um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis; (c) a existência de um total de, aproximadamente, 13.726 magistrados em atividade, cuja grande maioria ainda entende que a interpretação é um ato de vontade e que, portanto, está à disposição do juiz; (d) a concorrência de dois princípios que conforma o ordenamento jurídico: de um lado, a vedação ao *non liquet*, segundo a qual o juiz não pode declinar da prestação jurisdicional, conforme determina a tradição francesa inaugurada pelo Código de

Napoleão, ao contrário do que ocorre na matriz norte-americana, que admite esta hipótese em matéria de questões políticas; e, de outro, a garantia constitucional da *inafastabilidade do Poder Judiciário*, de maneira que todo ato pode ser por ele revisado nos tribunais, uma vez que não há cortes administrativas ou contenciosas.

O resultado disto – como se pode, aliás, facilmente perceber – foi a *institucionalização* de um *ativismo judicial às avessas*, em que se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à *criação do direito* quanto ao *gerenciamento processual*, o que implica uma intervenção indevida na esfera legislativa.

Sob esta perspectiva, o ativismo judicial brasileiro repristina a tese positivista da discricionariedade, na medida em que é o produto de uma aposta no protagonismo dos juízes, que devem atentar para os valores constitucionais e, a partir de uma ponderação de princípios, fundamentar suas decisões através de uma argumentação racional, cujo objetivo é neutralizar a subjetividade.

Todavia, considerando que a interpretação é entendida como a escolha de um sentido tomado a partir da consciência do julgador – ao qual é delegada a tarefa de, casuisticamente, concretizar os direitos fundamentais –, o que se verifica é um alto grau de voluntarismo, cujo resultado é uma *justiça lotérica*, marcada pela imprevisibilidade, cuja oscilação nos remete à imagem do *pêndulo de Foucault*, fixado no teto do Panthéon, em Paris.

Neste contexto, caracterizado pelo alargamento da jurisdição constitucional, é que a doutrina tenta justificar o ativismo judicial a partir da ideia de que a Constituição propicia uma *abertura principiológica*, em que a *ponderação* exsurge como a técnica a ser empregada na aplicação dos *princípios* – entendidos como mandados de otimização –, a fim de produzir decisões justas, cujas respostas resultam de uma argumentação jurídica que respeite a proporcionalidade.

Ocorre que tal postura, assim como seus procedimentos, apenas contribuem para o aumento do decisionismo judicial, uma vez que, na falta de uma teoria da decisão adequada, a jurisprudência constitucional não apresenta qualquer coerência, o que fragiliza a integridade do direito e, via reflexa, a própria democracia constitucional. Registre-se, por oportuno, que tais questões constituem um dos objetos de pesquisa da chamada *Escola Unisinos*, onde os membros do *DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos*, sob a orientação de Lenio Streck (2011, 2010, 2009), vêm produzindo uma excelente bibliografia no campo da teoria do direito e do direito público, a partir da matriz da hermenêutica filosófica (HOMERDING, 2007; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008; RAMIRES, 2009; MOTTA, 2009; TASSINARI *et al.*, 2009; TRINDADE *et al.*, 2010).

E, aqui, merece destaque o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja atuação vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, na medida em que passa a se pronunciar sobre temas que muitas vezes não encontram

parâmetros constitucionais, e aumentando a tensão que marca a relação entre os poderes, ou entre constitucionalismo e democracia (CHUEIRI, 2008).

Nesse sentido, cumpre referir o teor do discurso do decano, Min. Celso de Mello – proferido durante a ocasião da posse do Min. Gilmar Mendes na Presidência do Supremo Tribunal Federal –, em oposição a eventuais censuras ativistas, quando afirmou que o ativismo judicial decorria naturalmente da judicialização das relações políticas, conferindo aos juízes e tribunais a condição de árbitros dos conflitos existentes na arena política.

Tanto é assim que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel ativo na vida institucional brasileira, ao decidir casos de larga repercussão política, econômica ou social, como, por exemplo, os desafios da lei de biossegurança, o problema do nepotismo no poder público, os vícios da lei de imprensa, a demarcação de terras indígenas, o papel do Ministério Público na investigação criminal, o controle das políticas públicas, a questão do racismo, o aborto de anencéfalos, entre outros.

Talvez o exemplo que melhor ilustre esta evolução jurisprudencial ocorrida no interior do Supremo Tribunal Federal é o julgamento do Mandado de Injunção n.º 670/ES, no qual conferiu validade à ação constitucional ao suprir a omissão legislativa referente ao direito de greve dos servidores públicos civis, fixando o prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional regulamentasse a matéria.

Na mesma linha, cumpre referir, por oportuno, a recente decisão proferida em sede de *Suspensão de Liminar* n.º 47, acerca da judicialização da saúde, que levou em conta as experiências e os dados obtidos durante *Audiência Pública – Saúde*, realizada nos meses de abril e maio de 2009.

Acrescente-se a isto que, em 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04 – que instituiu a chamada *súmula vinculante* (art. 103-A, CF) –, conferiu-se um poder ainda maior ao Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe exercer tanto a clássica função de legislador negativo como, agora, também a função de legislador positivo.

Desse modo, verifica-se que, com a EC n.º 45/04, aumentou ainda mais a tensão que marca a função jurisdicional, sobretudo em face do alargamento de atribuições institucionais do Supremo Tribunal Federal e da consagração de instrumentos que vinculam as demais instâncias do Poder Judiciário às orientações do guardião da Constituição.

A confirmar tal afirmação, veja-se que o *Anuário da Justiça de 2009*, ao tematizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, publicou a seguinte manchete: “O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos”.

Observa-se, ademais, que o ativismo judicial vem incorporado pela comunidade jurídica – sob o impulso da doutrina da *instrumentalidade do processo* (DINAMARCO, 2005) – como uma tendência natural, positiva e até mesmo necessária, especialmente

nesta última etapa do constitucionalismo democrático brasileiro, sob o argumento de que o protagonismo da figura do juiz é imprescindível para a concretização dos direitos fundamentais (CAMBI, 2009).

Ocorre que tal doutrina, conforme advertem Nunes (2008), Leal (2008) e Motta (2009) – assume uma postura contrária ao chamado *liberalismo processual* alemão – típico do Estado liberal de direito –, marcado pelo protagonismo das partes (*Sache der Parteien*) e pela posição de espectador imposta ao juiz. Isto porque, de certo modo, a *instrumentalidade do processo* pode ser associada ao movimento de *socialização processual*, através do qual se busca conferir uma função social ao processo, conforme propunham Oskar Von Bulow (1868) e Franz Klein (1895). Neste caso, então, a prestação jurisdicional dependeria menos da participação das partes e mais da atuação do juiz, a quem caberia não apenas presidir o processo, mas também atuar de ofício sempre que julgasse necessário, em face da prevalência do interesse público. Em síntese: a *instrumentalidade do processo* repristina as teorias processualistas alemãs do século XIX, na medida em que aposta no protagonismo da figura do juiz, que se reveste de um perfil *paternalista* e, muitas vezes, *autoritário*.

Neste sentido, aliás, cumpre referir que, recentemente, o magistrado Luiz Fux – durante a sabatina em que o Senado aprovou a indicação presidencial de seu nome para a última vaga aberta do Supremo Tribunal Federal – defendeu abertamente o ativismo judicial, sob o argumento de que é preciso tratar desigualmente os desiguais. Além disso, depois de se autodefinir como um homem afetivo, declarou que “justiça não é algo que se aprende, é algo que se sente” (sic).

Por fim, ainda nesta direção, merece destaque a entrevista concedida pelo Min. Celso de Mello, publicada no *Consultor Jurídico*, em 2006. Segundo o decano do STF, para quem, nos últimos anos, a Corte passou a exercer “uma típica função moderadora”. Essa atribuição chamada de *moderadora* – talvez em alusão ao *quarto poder* criado em 1824 pelo Imperador Dom Pedro I – seria desempenhada legitimamente por meio de *procedimentos hermenêuticos*, que possibilitariam à Corte uma atuação como “instância de superposição”, na medida em que ela exerceria a “verdadeira função constituinte com o papel de permanente elaboração do texto constitucional” (sic).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da atuação dos tribunais na arquitetura do Estado Constitucional de Direito, especialmente no que diz respeito ao ativismo judicial, indica que o protagonismo do Poder Judiciário poderia ser visto positivamente se a atividade exercida pelos juízes não dependesse de juízos subjetivos fundados na ponderação de valores, não violasse o equilíbrio do sistema político e não resultasse em práticas arbitrárias que colocam em risco os pilares estruturais da democracia constitucional: a garantia

dos direitos fundamentais e a preservação do regime democrático e da soberania popular (CITTADINO, 2004).

Todavia, o que se verifica é que, na prática, não é isto o que vem acontecendo, especialmente em *terrae brasilis*. Na verdade, a aposta feita nos anos 80 por Cappelletti (1993, p. 47) se cumpriu: o Poder Judiciário se tornou um “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”. Ocorre que, para concretizar os direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar o *justo* contra a *lei*. E, assim, após muitos anos de luta contra o positivismo legalista, incorremos em outro equívoco: substituímos o *juiz boca da lei* pelo *juiz que pondera princípios* e que, portanto, decide conforme sua consciência, a partir de valorações de ordem subjetiva, passando, assim, de um *mecanicismo* na aplicação do direito para um *decisionismo* – ou *solidarismo*, como aponta Velloso (2006) –, que vem reforçado pela ideia de que a discricionariedade é algo natural à decisão judicial.

Assim, se, no início do século XX, o *realismo norte-americano* sustentava, abertamente, que o direito era aquilo que os tribunais diziam, em razão de sua criação jurisprudencial, e se, na metade do século XX, a *jurisprudência dos valores alemã* buscava legitimar suas decisões através de procedimentos como a ponderação, em face da falta dos fantasmas do regime nacional-socialista; então, no começo do século XXI, o que se verifica é uma aposta no ativismo judicial em *terrae brasilis*, cujo crescimento coloca em xeque a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional na medida em que permite que os juízes não mais interpretem a Constituição, mas se assenhem dela (STRECK, 2010).

Em suma: o ativismo judicial brasileiro, em cujas bases se encontram os ideais do *neoconstitucionalismo* – e, por vezes, o próprio *garantismo* (SILVA *et al.*, 2009) –, reflete uma postura que, aproveitando o aumento dos espaços da jurisdição, investe no reforço da discricionariedade judicial, cujo maior e pior (d)efeito é o enfraquecimento da normatividade da Constituição e, conseqüentemente, das bases do próprio regime democrático (FERRAJOLI, 2010).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. La decision del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2004. pp. 197-226.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Granada: Comares Digital, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Post-scriptum. In: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 357-403.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993.
- CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização. In: CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; MACHADO, F. (Coords.). **Constituição e processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 367-399.
- CHUEIRI, Vera Karam de. A constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 6, pp. 413-430, 2008.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, pp. 105-113, jul./dez. 2004.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milano: Giuffrè, 1952.
- CRUZ, Luis M. **Estúdios sobre el neoconstitucionalismo**. Mexico: Porrúa, 2006.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. pp. 95-113.
- FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2004.
- FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim. O movimento “critique du droit” e seu impacto no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 2, pp. 139-163, 2007.
- GREENBAUM, Jeffrey (a cura di). **Giustizia costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti: i giudici Warren e Burger**. Milano: Giuffrè, 1992.
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 149-165.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- KAUFAMNN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.
- LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rogério G; LEAL, Monia H. (Orgs.). **Ativismo judicial e déficits democráticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Eds.). **Judicial Power and the Constitution. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan, 1990. pp. 15-20.
- LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON JR., Richard H. **Constitutional law: cases – comments – questions**. 18. ed. Saint Paul: West Pub. Co., 1996.
- MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 11, pp. 125-156, 2000.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1979.
- MICHELMAN, Frank. **La democrazia e il potere giudiziario: il dilemma costituzionale e il giudice Brennan**. Bari: Dedalo, 2004.
- MORO, Sérgio Fernando. A Corte Exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, pp. 337-356, 2001.
- MOTTA, Francisco Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.
- PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 6, pp. 55-78, 2008.
- RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RAMOS, Elival. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren: revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, 3 v.
- ROOSEVELT, Franklin D. The Public Papers and Adresses of Franklin D. Roosevelt. In: MANCINI, Francesco (a cura di). **Il pensiero politico nell'età di Roosevelt**. Bologna: Il Mulino, 1962.

- SCHLINK, Bernhard. **O leitor**. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.
- SCHWARTZ, Bernard (Ed.). **The Warren Court: a retrospective**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- SCHWARTZ, Bernard. **A book of legal lists: the best and worst in american law**. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- SILVA, Alexandre Garrido da *et al.* Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no Supremo Tribunal Federal. **Revista ANPR online**, Brasília, v. 9, pp. 01-30, 2009. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/Artigo_Ribasgarantismo.pdf>. Acessado em: 20/11/10
- SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma análise da lei de tóxicos a partir do dever de proteção do estado (*Schutzpflicht*). In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Org.). **Direito público e evolução social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 157-188.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TASSINARI, Clarissa *et al.* **Estudos sobre (neo)constitucionalismo**. São Leopoldo: Oikos, 2009.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TRIBE, Laurence. **God save this honorable court**. New York: New American Library, 1986.
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. 20 anos de constitucionalismo democrático: avanços, retrocessos e novos desafios em *terrae brasilis*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 6, pp. 7-14, 2008.
- TUSHNET, Mark (Ed.). **The Warren Court in historical and political perspective**. Charlottesville: University Press of Virginia, 1993.
- VALLE, Vanice (Org.). **Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.
- VELLOSO, Adolfo. **Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa**. Rosario: Juris, 2006.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, pp. 407-440, 2008.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin.** Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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