XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

LUÍS CARLOS BALBINO GAMBOGI

ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Luís Carlos Balbino Gambogi, Anizio Pires Gaviao Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-136-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro Teorias do Direito e Realismo Jurídico é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, tal foi proposto em 2014.2 pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Na terceira edição do GT, tal livro se apresenta elaborado a partir dos artigos apresentados durante o XXIV CONGRESSO DO CONPEDI BELO HORIZONTE em novembro de 2015.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo como parâmetro as linhas de pesquisa dos programas aos quais os pesquisadores são vinculados, mas cuja temática central girou em torno do debate sobre pragmatismo e realismo jurídico, que sobremaneira se expressa por meio das teorias da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, os 17 artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

O leitor encontrará aqui os seguintes temas, basilares para um debate de teoria do direito na referência ao Realismo Jurídico: Ativismo judicial, Relativização da coisa julgada, a questão da vinculação aos precedentes judiciais, inferências sobre o comportamento decisional, função criadora do juiz e revisão judicial; além de artigos com maior expressão teórica como referência para discutir problemas práticos, como os artigos baseados no pensamento de Robert Alexy, Hans Kelsen, Barry Friedman,Herbert Hart e Niklas Luhmman; ou mesmo aqueles com fito mais teórico-didático, tais como o debate em torno do pensamento sistêmico, regras de reconhecimento, semiótica e positivismo jurídico.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por não tentar agregar em partes que pretensamente agrupassem o que a priori poderia ser uma identidade entre alguns artigos, dado que a natureza do próprio olhar realista e, porque não dizer, pragmático em alusão à sua matriz filosófica, advoga o raciocínio hipotético-criativo, abdutivo nas palavras de Charles S. Peirce, como aquele provavelmente mais rico para uma compreensão do fenômeno jurídico. Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Belo Horizonte, novembro de 2014.

Lorena Freitas - Coordenadora do PPGCJ/Universidade Federal da Paraíba

Anizio Pires Gaviao Filho - Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP

Luís Carlos Balbino Gambogi - Universidade Fumec

A EXPANSÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO USO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O ATIVISMO JUDICIAL

EXPANDING THE ROLE OF THE JUDICIARY BY USING THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THE JUDICIAL ACTIVISM

Raissa Brindeiro de Araújo Torres
Rogério Magnus Varela Gonçalves

Resumo

Como caminho natural de toda e qualquer ciência, as evoluções dos institutos constitucionais firmam novos caminhos para o processo de democratização do estado democrático de direito. Em sendo assim, o presente texto faz o estudo de um dos fenômenos que estão surgindo nacionalmente e internacionalmente no processo de jurisdição constitucional, denominado ativismo judicial. Preocupando-se em conceituar e delimitar esse fenômeno, fazendo distinções com os demais, o trabalho se propõe a visualizar o entendimento de diferentes autores sobre o tema, de forma a apontar as benefícios para o ordenamento jurídico nacional e também sinalizar as possíveis dificuldades quanto a aplicação desordenada ou desvirtuada pelo poder judiciário.

Palavras-chave: Estado de direito, Jurisdição constitucional, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

As a natural way of any science, the evolutions of constitutional institutions have signed up new avenues for the democratization process of the democratic rule of law. That being, this text makes the study of the phenomena that are emerging nationally and internationally in the constitutional adjudication process called judicial activism. Worrying to conceptualize and define this phenomenon, making distinctions with others, the study aims to visualize the understanding of different authors on the subject, in order to point out the benefits to the national legal system and also signal potential problems as disorderly application or distorted by the judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rule of law, Constitutional jurisdiction, Judicial activism

INTRODUÇÃO

No Estado pré-moderno, havia grande diversidade de fontes normativas, caracterizada pela natureza jusnaturalística e romanística de produção do direito. Posteriormente, surgiu o Estado legislativo de direito, período em que a norma legislada, produzida através do monopólio estatal, era utilizada para garantir a unidade e a estabilidade do Direito. Tempos depois, o Direito avançou ainda mais, dando início ao Estado Constitucional de Direito, o qual lançou seus primeiros passos no período em que se sucedeu a Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto, o constitucionalismo do pós-guerra desenvolveu um processo de democratização, trazendo consigo um amadurecimento das ideias de Estado Constitucional de Direito – destacando-se a Constituição Alemã de 1949; a implementação do Tribunal Constitucional Federal a partir de 1951; e a Constituição Italiana de 1947 - e, principalmente, a necessidade da efetivação dos direitos fundamentais mutilados pelos regimes totalitaristas. A Constituição é colocada em evidência, de forma a impor limites ao legislador e ao administrador, assim como determinar os deveres de atuação. Da mesma forma, a jurisprudência ganha expressividade quando lhe é concedida autorização para invalidar atos administrativos e legislativos, e interpretar as normas jurídicas à luz da constituição.

Por sua vez, o magistério de Canotilho (1997, p. 45-46) prefere utilizar a expressão "movimentos constitucionais" ao invés de "constitucionalismo", definindo-o como sendo uma teoria que tem como princípio a limitação do governo como forma de garantia dos direitos "em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade [...]", o que reflete em uma teoria normativa da política.

A partir deste marco, o Constitucionalismo apresentou uma nova proposta político-jurídica que repercutiu decisivamente na função jurisdicional. Difundiram-se as premissas de constituição escrita, atrelada a um sistema de rigidez constitucional, de forma a existir procedimento especial para que o texto constitucional fosse modificado, sob pena de fragilização do ordenamento jurídico.

No Brasil, o constitucionalismo democrático, também conhecido como Estado Democrático de Direito, traduziu-se pela formulação de políticas de organização social alicerçadas no respeito aos direitos fundamentais e na cooperação entre as pessoas. As ideias de redemocratização e reconstitucionalização começaram a ganhar destaque a partir da Constituição Federal de 1988, marcada pela transição do estado autoritário para o estado democrático de direito.

Muito embora a inegável contribuição da Constituição de 1988, alcunhada de Constituição Cidadã, quanto à consolidação do Estado Democrático, levando-se em consideração o longo período autoritário vivido anteriormente, verifica-se que o seu texto é demasiadamente detalhado e abrangente, de forma a abarcar diversas matérias de ordem econômica, tributária, política, previdenciária, financeira, social, dentre outras questões importantes.

A consequência disso é que, a todo momento, faz-se necessário realizar mudanças no texto constitucional, decorrentes da óbvia evolução social, o que acarreta também um excessivo número de emendas constitucionais. Atualmente, a Constituição Federal de 1988 possui 88 (oitenta e oito) emendas, número este bastante elevado se compararmos com a Constituição dos Estados Unidos que possui apenas 7 (sete) artigos e 27 (vinte e sete) emendas.

Ademais, a Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário a tarefa de garantir a efetivamente e o respeito aos direitos fundamentais, de maneira a pacificar os conflitos sociais através da aplicação do direito ao caso concreto. Nesta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal é considerado como sendo o guardião da Constituição Federal.

Destarte, em meio a todas essas ideias de constitucionalização do direito, avançamos para o neoconstitucionalismo que, reconhecendo a força normativa da Constituição - ao mesmo tempo em que defende a jurisdição constitucional e decisão judicial como responsável pela pacificação das relações sociais - coloca os princípios em lugar de destaque, de forma a compor sistemas jurídicos constitucionalizados.

Sobre o tema, merece registrar que em tempos passados, de acordo com as ideias positivistas, os princípios só se mostravam necessários quando da existência de lacunas na ordem jurídica. Nos tempos atuais, essa concepção foi modificada, ocupando os princípios constitucionais importante papel na defesa da democracia constitucional contemporânea, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana que atua como valor essencial da vida humana.

Não obstante seja fenômeno de difícil conceituação, Möller (2011, p. 282) busca-se uma primeira aproximação definitória do "neoconstitucionalismo", afirmando que ele seria um "[...] movimento jurídico de reassentamento das bases constitucionais nos sistemas jurídicos que seguiram o modelo de Estado legislativo e do *civil law*", fazendo uso de balizas mínimas que serviam de fundamento para o direito, pelas quais não se poderia afastar.

Ainda fazendo uso do pensamento do autor, caberia ao direito buscar ferramentas que garantissem a justiça ao decidir os casos concretos, não podendo ficar atrelado às

soluções padronizadas ou predefinidas.

E foi nesta cadeia evolutiva, que o direito passou a tentar alcançar uma fonte superior, suprema, sem, contudo, negar a legalidade das normas vigentes, traçando afinidade com as ciências sociais, a filosofia e a sociologia, de forma a instituir o pensamento de que os atos administrativos e judiciais não podiam se escorar simplesmente nos argumentos lógico-formais, mas, também, no critério de ordem moral e no conceito de justiça estabelecidos na própria ordem constitucional, pressupondo esta como a vontade social.

Por assim dizer, o neoconstitucionalismo traz como antecedentes históricos, as atrocidades promovidas pelos nazistas na segunda guerra mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a defesa dos direitos fundamentais, e ainda o julgamento de Nuremberg, o qual condenou membros do governo de Hitler por crimes contra a humanidade. Talvez por isso mesmo o neoconstitucionalismo busque uma reaproximação entre o direito e a moral.

Para Vale (2007, p. 68), mais do que um simples movimento evolutivo, o neoconstitucionalismo representa um aglomerado de posturas teóricas, que servem de resposta aos antigos regimes autoritários, que faz uso de mecanismos rígidos de fiscalização do constitucionalismo, a exemplo dos modelos de Constituição adotados pela Itália (1948), Alemanha (1949), Espanha (1978), Portugal (1976) e Brasil (1988).

Muito embora tenha o "pós-positivismo" como fundamento jusfilosófico, não podemos afirmar que são expressões sinônimas. Nesse sentido, de grande valia é o ensinamento de Pires (2011, p. 32), quando, tecendo algumas considerações sobre o surgimento do pós-positivismo, afirma que este ganhou destaque no momento posterior a Segunda Guerra Mundial, fazendo eclodir escolas de pensamento em defesa da reaproximação entre a moral o direito.

Assim, houve uma mitigação do instrumental teórico antes utilizado pelo positivismo, passando-se então a associar os conceitos de moral e direito, de forma a fomentar a preleção racional de legitimação deste último. Nesse novo contexto, seria então a Constituição um sistema jurídico aberto, composto por regras e princípios constitucionais.

Em contrassenso, antigamente, de acordo com as ideias positivistas, os princípios só se mostravam necessários quando da existência de lacunas na ordem jurídica, assim como os juízes deveriam ser neutros ou, como define Montesquieu (2000, p. 175), "a boca que pronuncia as palavras da lei". Nos tempos atuais, essa concepção foi modificada, ocupando os princípios constitucionais importante papel na defesa da democracia constitucional contemporânea, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana que atua como

valor essencial da vida humana.

Dentre os autores pós-positivistas, não poderíamos deixar de mencionar Ronald Dworkin (2007, p. 287) e sua teoria do *direito como integridade*. Para o autor, em reprovação ao ceticismo jurídico, surge a figura do juiz *Hércules*, encarregado de decidir os casos novos, notadamente aqueles de difícil solução, de forma coerente com as decisões antecedentes de casos semelhantes, fazendo lembrar a ideia de romance em cadeia, tendo em vista que, nas palavras de Asensi (2011, p. 208) "[...] os juízes (romancistas) são autores e críticos no seu ato de julgar, além de admitir como pressuposto que o romancista tem que levar a sério as suas responsabilidades de continuidade do romance".

Assim, ao decidir um caso difícil, o juiz, dotado de sabedoria incomensurável, deve fazer uma interpretação construtiva, de forma a resolver o dilema alicerçado em princípios, em regras, e também em referenciais jurídicos. Por assim dizer, o juiz Hércules, para alcançar a resposta correta ao caso difícil, busca interpretar o ordenamento jurídico, de maneira a reconstruir o direito em coerência com os precedentes.

Feitas as considerações acima, e retomando as atenções para o neoconstitucionalismo, este tem como principais características, de acordo com as lições de Barroso (2006, p, 20): a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a ascendência da jurisdição constitucional; e c) o surgimento de uma dogmática nova de interpretação constitucional.

Com a abertura da Constituição e a introdução dos princípios, surgiu a necessidade de reinvenção de técnicas e estilos hermenêuticos para atuarem junto com o modelo tradicional de subsunção, regrado por silogismo e formalismo jurídico. Destarte, desenvolveram-se as técnicas de ponderação, fazendo-se uso da proporcionalidade, exaltando, dessa maneira, o papel político do Judiciário na solução de questões relevantes do ponto de vista social, de forma a alcançar a melhor resposta ao caso concreto. É nesse cenário de releitura da visão tradicional de separação dos poderes que aflora-se o ativismo judicial como instrumento de garantia dos valores constitucionais.

No Brasil, o neoconstitucionalismo se fez expressivo quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, ocasião em que regulou diversos assuntos que remetem não apenas "a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais – a chamada filtragem constitucional do Direito." (SARMENTO, 2011, p. 87)

Pelo exposto, chega-se a constatação de que, hodiernamente, estamos passando por

um processo de abrandamento das fronteiras entre a política e a justiça, tendo em vista que cada vez mais o Judiciário (especialmente o STF), de maneira inédita, tem tomado decisões de largo contorno político, tudo em busca da efetivação de direitos nucleares e imprescindíveis estabelecidos na normatização vigente, como podemos exemplificar através do novo tratamento oferecido aos direitos sociais que, antes vistos como normas programáticas, ganharam expressiva defesa judicial.

Em outro ângulo, não se pode deixar de observar que a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil ganhou fôlego através da incredulidade da população na política majoritária, em especial, no Legislativo, tamanho o número de escândalos de corrupção envolvendo parlamentares, arrogando ao Judiciário a salvação para o alcance da tão almejada justiça.

Diante de todas essas mudanças, reputa-se importante tecer considerações a respeito de um dos fenômenos que estão surgindo no processo de jurisdição constitucional, o "ativismo judicial", de forma a conceituá-lo, apontando as suas principais características, como também, atentando para os riscos que podem ser gerados através de uso inadequado como ferramenta de expansão da intervenção judicial em questões relevantes do ponto de vista social.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para que se possa conceituar a jurisdição constitucional, há que se ter em mente, *a priori*, a definição de justiça constitucional, ainda que autores como Urbano (2012, p. 11-12) defendam que esta última possui múltiplas acepções, não existindo um significado unânime. Entretanto, não obstante a dificuldade em conceituar justiça constitucional, a mesma autora ressalta a definição trazida por Aragón Reyes (2009 apud URBANO, 2012, p. 12-13), que entende que é "a totalidade da atividade judicial de aplicação da Constituição, seja ela realizada por tribunais especializados ou por tribunais ordinários, e seja ela praticada de maneira concentrada ou difusa".

Feitas tais considerações, pode-se dizer que a jurisdição constitucional esta relacionada a atividade jurisdicional praticada pelos juízes constitucionais, não se restringindo apenas a aplicação direta da Constituição às ocorrências por ela apresentadas, mas atuando ainda na aplicação indireta, sendo esta utilizada pelo interprete como medida de verificação da validade de norma infraconstitucional, no chamado controle de constitucionalidade, assim como avaliação da melhor interpretação da norma infraconstitucional, em conformidade com

a Constituição.

Nesse toar, Botelho (2010, p. 214) emerge que as Cortes Constitucionais desempenham a função de vigilância no que se refere ao respeito e observância dos procedimentos democráticos importantes para formar a opinião e a vontade políticas, de maneira a resguardar o processo de legislação democrática, em outras palavras, a criação democrática do Direito. Mais adiante, conclui que as Cortes Constitucionais não devem cumprir o papel de forma fechada, mas sim aberta à sociedade de intérpretes, de modo que, em um contexto de jurisdição constitucional, a abertura à participação dos interessados no processo de interpretação da norma constitucional decorre da exigência imposta pelo próprio valor constitucional do pluralismo. Assim, para o autor, a abertura da Corte Constitucional à participação dos possíveis interessados influencia no processo de produção da norma, uma vez que se torna um ambiente de discursão onde argumentos são assentados de forma livre, sem repressão.

Ilustrando os debates em torno da jurisdição constitucional no direito estrangeiro, Leal (2011) faz relembrar alguns deles: a deliberação da Suprema Corte americana sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos testar mísseis em solo canadense; a preservação do estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico pela Suprema Corte turca; a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Constitucional italiana, de uma proposição voltada para o monopólio público da rádio e da televisão; e a "paralisação", pelo Tribunal Constitucional da Guatemala, de um golpe de estado que o presidente Jorge Serrano Dlías quis aplicar no país em 1993.

Voltando as atenções para o caso brasileiro, percebemos que o Supremo Tribunal Federal vem garantindo plena aplicabilidade aos princípios e as normas gerais através da interpretação sistemática da Constituição de 1988, a exemplo da Súmula Vinculante nº 13, comumente conhecida como Sumula do Nepotismo, o que implica um abandono ao pensamento positivista, elucidado através da tese proposta por Kelsen de que o juiz constitucional deveria atuar como *legislador negativo*. Para uma melhor ilustração, abordar-se-á no próximo tópico o fenômeno do ativismo judicial, fazendo-se uma leitura crítica de sua aplicação no atual Estado Democrático de Direito.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Surgido no período de transição entre o constitucionalismo liberal e o constitucionalismo social, o termo "ativismo judicial" (*judicial activism*) compreende uma

significativa expansão do papel do Poder Judiciário através do uso da interpretação constitucional. Muitos autores sustentam que o *judicial activism* foi criado por Arthur Schlesinger Jr., a partir da publicação de um artigo na revista de atualidades *Fortune*, em 1947, onde utilizou o vocábulo para analisar a postura dos membros da Suprema Corte americana.

Contudo, Urbano (2012) ilustra que este fenômeno já teria sido levantado por Édouard Lambert, em 1921, por ocasião da publicação da obra "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aus États-Unis. L'expérience américaine du contrôlé judiciaire de la constitutionnalité des lois", a qual discorria sobre os riscos da extrapolação dos limites da atuação judicial. Ademais, a autora ainda vai mais além quando aduz que, antes mesmo de Lambert, Alexis de Tocqueville admirava-se com a amplitude do poder político dos juízes americanos, chegando a retirar a aplicação de lei contrária a constituição.

Nas palavras de Barroso (2013), "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.". Por sua vez, Gomes (2009) assevera a existência de duas espécies de ativismo judicial: o chamado ativismo judicial inovador, que ocorre quando o juiz cria uma nova norma; e o ativismo judicial revelador, quando o juiz complementa o sentido de um princípio, de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa, sem, contudo, criar uma norma nova.

Ao que se mostra, o ativismo judicial constitui uma atitude, qual seja, uma conduta proativa realizada através de uma maior participação do Judiciário no espaço de atuação político dos outros poderes. Pode manifestar-se de diferentes formas: a) através da aplicação direta da Constituição, sem interferência do legislador ordinário, as questão que não se encontram expressamente contempladas no texto constitucional; b) por meio de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos proclamados pelo Poder Legislativo, com base em critérios mais brandos que os de clara ofensa a Constituição; e c) por interferência do judiciário nas questões envolvendo políticas públicas, seja de forma a impor condutas ou abstenções ao Poder Público (ex.: distribuição de medicamentos e determinação de terapias por meio de decisões judiciais).

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Valle (2009, p. 21), é difícil conceituar ativismo judicial, tendo em vista que não existe um conceito lógico para delimitar o tema, e isso se faz perceber desde as fontes elementares do Direito norte-americano - *Merriam-Webster's Dictionary* e *Black's Law Dictionary* -, fazendo-se repercutir até os dias de hoje, quando ainda persiste a ambiguidade no uso do termo, ainda que seja considerado um

elemento recorrente no Direito contemporâneo.

É certo que o ativismo judicial pode ser realizado em qualquer instância do Judiciário, não ficando restrita à atuação da Corte Constitucional. Muito embora existam diferentes conceitos, pode-se dizer que o ativismo judicial refere-se a conduta do Judiciário de legislar, não se limitando a interpretação da norma jurídica, mas sim influenciando na regulação de condutas sociais ou estatais (independente da atuação legislativa) e na imposição ao Estado de efetivar políticas públicas e proporcionar a concretização de direitos e garantias fundamentais.

Em assim sendo, para aqueles defensores do ativismo judicial, a separação dos poderes, prevista no art. 2º da Constituição Federam de 1988, não proíbe uma postura proativa do Poder Judiciário quanto à interpretação das normas jurídicas, de forma a conceder uma melhor resposta as partes que litigam em juízo, em conformidade com os princípios constitucionais.

Imperioso mencionar a crítica que Branco (2011, p. 398) faz em relação ao diferentes significados que se costuma empregar ao termo ativismo – evidentes nos casos de interferência na execução de políticas públicas, chegando a superar decisões político-administrativas ou suprir omissões dos poderes políticos - de maneira a utilizá-lo sem maiores cuidados, correndo o risco de torná-lo inútil em razão da grande abrangência de seu conceito, o que o autor vem considerar uma atuação desbordante do princípio da separação dos poderes.

Sobre o tema, corroborando com as ponderações acima, Paula (2011, p. 274) entende que não há que se condenar por completo o modelo de separação dos poderes desenvolvido por Montesquieu, mas sim mudar a perspectiva tradicional, fazendo uso de uma nova concepção, onde direito e política podem conectar-se em vista a um bom funcionamento do Estado.

Por assim dizer, a interferência das decisões judiciais nos espaços políticos, como estar-se-á a falar do ativismo judicial, não deixando de levar em consideração a separação dos poderes, pode ser compreendida como a superação das balizas demarcatórias da função jurisdicional.

Dessa forma, fica perceptível que o estado de latência dos Poderes Legislativo e Executivo, sem sombra de dúvidas, tem contribuído para o aumento do ativismo judicial, o que não significa, por sua vez, atribuir ao Poder Judiciário a função de um legislador positivo.

Explicação deste fenômeno é a conclusão de que as relações sociais estão cada vez mais complexas e as normas vigentes não estão conseguindo abranger todas elas, razão pela qual tem se destacado o papel do Judiciário em fazer com que todas as questões levadas ao

magistrado sejam resolvidas de maneira eficaz, através da interpretação da norma e sua melhor aplicação ao caso concreto.

Valioso o arremate de Paula (2011, p. 308) quando afirma que vivencia-se uma nova realidade, onde deve existir uma dinâmica na separação dos poderes, que corresponda aos anseios da sociedade, não cabendo, portanto, invocar modelos apriorísticos que não estejam em consonância com as necessidades vigentes.

Ademais, fazendo algumas considerações em relação ao modelo generalizante de legislação, Anjos (2010, p. 142), apregoa que o aumento das forças políticas, representado pelos movimentos sociais, vem alcançar a seara constitucional na medida em que conquista novos direitos, o que põe em cheque o modelo de legislação reunida em códigos, repercutindo também na vigência do princípio da legalidade e da subsunção lógica.

Dessa forma, para o autor, o ativismo, ao tratar do expansionismo no exercício dos poderes no Supremo Tribunal Federal, tem sido justificado por garantir máxima efetividade a norma constitucional e promover a segurança jurídica, bem como a previsibilidade, tendo em vista as improbabilidades advindas das divergências de interpretação.

Nesse toar, observando o desenvolvimento do ativismo judicial perante o STF, Campos (2011, p. 558) entende que há que se reconhecer uma abordagem multidimensional do fenômeno, de forma a favorecer uma identificação ampliada e realista do comportamento dos juízes, fazendo uso de métodos interpretativos da norma que, além de refletir-se em uma atuação processual ampliada, acaba por interferir de maneira incisiva na atuação dos demais poderes.

É neste cotejo que merece fazer menção a alguns precedentes judiciais que simbolizam o novo papel da Constituição em si mesma, da interpretação constitucional e dos Tribunais, quais sejam: a legitimidade da mulher interromper a gestação em casos de fetos anencéfalos; a legitimação das pesquisas com células-tronco embrionárias, ainda que importasse na destruição dos embriões; a vedação do nepotismo (restrição de nomeação de parentes até o terceiro grau de membros do Judiciário para ocuparem cargos comissionados); a igualdade de tratamento jurídico entre as uniões estáveis homoafetivas com as uniões estáveis convencionais; e a recusa de extradição por ato do Presidente da República (caso Cesare Battisti).

Destarte, superada a fase do Estado liberal, onde havia a prevalência da lei em seu aspecto formal, preocupada com a aparente vontade de uma maioria - ainda que a realidade demonstrasse a desigualdade entre as pessoas - passou-se a exigir uma atuação inovadora do Poder Público, à luz das ideias de Estado social e democrático, como garantidora da efetiva

realização do interesse público.

Nesse novo cenário, o Judiciário desperta para uma postura mais ampliada de seus poderes, de maneira a alcançar a efetividade dos valores constitucionais. A sociedade hodierna não mais contenta-se com a vontade abstrata da lei, constatando-se, nas palavras de Sampaio Júnior (2011, p. 408), que "a construção da norma jurídica no caso concreto é um corolário da atividade hermenêutica que tem na Constituição o centro de atuação e os direitos e garantias fundamentais o coração de toda a Carta Magna [...]".

Reafirmando a conexão existente entre o direito e a ética, Marmelstein (2010, p. 23) argumenta que o ativismo judicial representa a transformação das normas éticas em normas jurídicas na medida em que o julgador, fazendo uso de critérios éticos, faz a escolha mais justa e correta ao decidir os casos concretos.

Desse modo, direito, política e ética possuem uma relação de dependência mútua, tendo em vista que é através da política que a ética transforma-se em direito, operando-se tanto pelo poder legislativo e judiciário como pela própria sociedade. Observando-se a forma como os juízes decidem, Marmelstein (2010) analisa que a ligação entre ética e direito demonstra-se através do reconhecimento de vários valores éticos como verdadeiras normas jurídicas, apontando como exemplo: o combate ao preconceito; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; e a redução das desigualdades sociais.

Por sua vez, ao fazer a distinção entre ativismo judicial e judicialização, Barroso (2013) assenta que os termos são primos, embora não tenham a mesma origem, sendo este último decorrente do modelo constitucional adotado no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto que o ativismo judicial consiste em uma atitude proativa de interpretar a Constituição, relacionada a uma participação mais efetiva e realista do Judiciário na materialização dos valores constitucionais, principalmente nos casos de retração do Legislativo.

As expressões "ativismo judicial" e "judicialização" se diferenciam na medida em que a primeira diz respeito a determinada forma de atuação dos representantes do Poder Judiciário, enquanto que a segunda expressão refere-se a transferência de poder das instâncias políticas tradicionais para as judiciais. Ademais, como bem pondera Campos (2011, p. 543-544), muito embora possuam conceitos distintos, estão ligados, à medida que a judicialização da política desponta e renova-se com o ativismo, que nada mais é do que uma escolha comportamental do julgador quando soluciona as questões levantadas no processo.

Entretanto, cabe advertir que a utilização indisciplinada do ativismo judicial e da judicialização podem ensejar sérios problemas, sobre os quais assinalam-se alguns:

a) Riscos para a legitimidade democrática: muito embora os representantes do poder judiciário não sejam agentes públicos eleitos pela vontade popular, sem dúvida, desempenham um poder político, tomando como exemplo a competência para invalidar atos do Poder Legislativo e Executivo.
b) Risco de politização da Justiça: sem dúvida, a Constituição promove a ligação entre o universo político e o jurídico, de forma a promover a justiça, a segurança e o bem-estar da sociedade. Sobre esse problematização do risco do justiça virar política, não podemos deixar de ponderar que uma decisão judicial não comporta discricionariedade plena, ou seja, o juiz deve adequar a sua decisão aos elementos do caso concreto à luz dos preceitos constitucionais e das leis infraconstitucionais, não cabendo a livre vontade política.
c) Capacidade institucional do Judiciário e seus limites para decidir determinadas matérias: os países que adotam o Estado Democrático, em sua maioria, utilizam o sistema de separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). A atuação do Judiciário, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos deve ser sobrepesada, no intuito de evitarmos decisões extravagantes ou incompatíveis com a atuação dos demais poderes (ex.: as decisões proferidas pelo STF nos casos que envolvem medicamentos e tratamentos terapêutico). Devemos pensar se, no caso de determinadas matérias, seria o Judiciário o ente melhor qualificado para decidir?

Não se pode olvidar, contudo, que parcela da doutrina critica o ativismo judicial por entender que se trata de uma invasão ilegítima do poder Judiciário na esfera de atribuição dos demais poderes, notadamente no Legislativo, caminhando de encontro à ideia de separação de poderes. De forma bem ponderada, Urbano (2012) expõe alguns argumentos sustentados por aqueles que se mostram contrários ao fenômeno, sendo alguns deles mencionados abaixo:

a) o juiz tem como função interpretar e aplicar a lei já existente, reservando a função de *policy-making* para o legislativo e o executivo;

b) a vontade do legislador deve ser respeitada pelos juízes, uma vez que os parlamentares, eleitos democraticamente, são os legítimos representantes do povo;

c) a acumulação dos três poderes pelos juízes poderia levar à tirania;

d) ao autuarem como legisladores positivos, os juízes acabam compelindo a

transferência de poder dos parlamentares, o que reputa-se inconstitucional;

e) quando os juízes constitucionais criam normas para o caso concreto, atuando de maneira ativista, acabam gerando a incerteza no direito, tornando-o imprevisível.

Por outro lado, aos que se mostram favoráveis ao ativismo judicial, entendem que a prática é pertinente, na medida em que existe omissão por parte dos outros poderes no que se refere as suas obrigações em defesa dos direitos constitucionais. Em relação aos argumentos favoráveis, Urbano (2012) atenta para: a necessidade de promover a concretização dos direitos fundamentais, o que se materializa através da contribuição dos juízes para o alcance da justiça social; o papel proativo dos juízes tem como finalidade, antes de tudo, dar eficácia à Constituição, bem como defender sua supremacia; a inércia dos outros poderes, notadamente o legislativo, compromete a governação, intervindo o judiciário para suprir as falhas; e a legislação judicial, em detrimento da legislação parlamentar, promove a melhor adequação à realidade.

Importante ainda mencionarmos o termo "criação judicial", o qual é conceituado por Coelho (2011, p. 482) como sendo "[...] o *exercício regular* do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional", com o propósito de promover a justiça em seu sentido substancial. Nesses termos, para o referido autor, o ativismo judicial seria então uma expressão nova utilizada para referir-se a velha criação judicial do direito.

Por fim, não se pode, igualmente, deixar de mencionar o fenômeno da autocontenção judicial, de autoria de Chief Justice Stone, que, por sua vez, reflete uma conduta oposta ao ativismo judicial, caracterizada pela redução da interferência do Poder Judiciário nas ações dos demais poderes, de forma a restringir a aplicação direta da Constituição nas situações em que a matéria não se encontra expressa no texto constitucional.

Ademais, em relação a "autocontenção judicial" há autores que entendem que esta tese carece de rigor teórico, uma vez que não se estabeleceu critérios para que se possa identificar na prática. Partilham desse entendimento os doutrinadores Dimoulis e Lunardi (2011, p. 459). Outros autores, como Pech (2011, p. 63), apontam como crítica: a imprecisão do conceito, acometida de expressiva censura pelo método de interpretação utilizado, possuindo forte influência com o *originalismo*; conexão da doutrina da autocontenção judicial com a importância máxima concedida ao parlamento e suas leis; e a constatação de que a supremacia do Legislativo e Executivo em detrimento do Judiciário não traduz em um modelo

contrapesado de separação de poderes.

Por outro lado, para os adeptos da autocontenção, a decisão judicial não pode se sobrepor a decisão política legislativa, esta última entendida como aceita pela maioria democrática. Nesses termos, a aplicação mais criativa do direito pelo Judiciário deve obedecer os princípios da razoabilidade, sob pena de estar-se-á promovendo a incursão das funções dos demais poderes.

4 CRÍTICAS AO PODER JUDICIÁRIO MAIS ATUANTE

Não obstante já tenham sido referidos alguns dos principais argumentos contrários a uma presença mais marcante do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, parece adequado tornar autônomo este tema, de sorte a permitir uma dialética argumentativa.

O ponto de partida será a ponderação de Sarmento (2009, p. 52-67), que elenca três objeções centrais ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial que nele está inserido. Primeiramente, ele diz que o pendor judicialista é anti-democrático. Em segundo plano, assevera que a preferência dos ativistas do poder judiciário por princípios e pela solução das controvérsias com base na ponderação em detrimento de regras e da subsunção, mostra-se bastante perigosa, sobretudo no Brasil, tendo em conta a singularidade da nossa cultura. Em terceiro lugar, teoriza que se corre o grande risco de gênese de uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

Imperioso decodificar as críticas anteriores.

Quando detalha a sua primeira censura, o autor afirma que o neoconstitucionalismo fez do Judiciário um protagonista, eis que nele foram depositadas enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios inseridos no habitat constitucional. Contudo, haveria um óbice, eis que o julgador não é eleito pelo povo (diversamente dos legisladores e dos exercentes do Poder Executivo).

Ademais, como a democracia se lastreia no pensamento de que as decisões políticas mais importantes devem ser tomadas diretamente pelo povo ou pelos seus representes (o que se extrai, no Brasil, no parágrafo único do art. 1º da vigente Constituição Federal) o poder de decisão conferido aos julgadores poderia tomar ares de anti-democrático. Sentencia o autor (2009, p. 55) que o neoconstitucionalismo faz com que o juiz assuma o papel de constituinte permanente, levando-se em consideração que, ao assumir um viés judicialista, a ele é possibilitado moldar a Constituição a partir de seus ideais políticos e valorativos, razão pela

qual alguns revolucionários francesas como Carl Schmitt e, nos tempos atuais, os constitucionalistas populares dos Estados Unidos, acabam por não aprovar o ativismo judicial.

Quanto a sua segunda consideração, Sarmento (2009, p. 60-64) lembra que a cultura e a história do Brasil são marcadas pelo compadrio, pelo patrimonialismo, pelo "jeitinho" e pela pouca valorização do cumprimento impessoal de regras. Logo, numa sociedade com tais características seria um grande risco essa tendência a frouxidão e emotividade na metodologia jurídica (propostas do neoconsticionalismo). Ao analisar o modelo da sociedade brasileira e verificando a sua correlação com a tomada de decisões desacompanhadas de uma argumentação racional sólida, o autor entende que a singularidade das relações sociais no País "não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica na adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados." (2009, p. 55).

No que tange ao seu terceiro tópico crítico, o referido autor teoriza que, não obstante a constitucionalização tenha muitos méritos (dentre os quais destaca a defesa da constituição, o semear dos valores humanitários inseridos na Constituição ao longo de todo o ordenamento jurídico, bem como a interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional), ele pondera que tal medida tem a potencialidade de sufocar o legislador infraconstitucional, amputando o espaço de liberdade de tal elaborador normativo. Outrossim, a constitucionalização desmedida do direito teria o condão de promover um perfeccionismo moral na esfera privada. Assim se pronunciou o doutrinador (2009, p. 65):

> "[...] Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático. Esta ordem de preocupações levou Ersnt Forsthof, na Alemanha, a criticar as teorias que viam a Constituição como uma espécie de "genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros". E a questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que, pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios – principal matéria-prima da constitucionalização do Direito – o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas. Daí porque, o debate sobre a constitucionalização do Direito se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e do decisionismo."

Ademais, Canotilho (2003, p. 1222) também lança luzes no debate do papel do Poder Judiciário. Diz ele que se deve evitar que o estabelecimento de uma ditadura da magistratura, onde cada juiz aplique o direito dentro de seu cunho subjetivo de justiça, não se atendo ao

direito legislado, uma vez que a norma "não é uma grandeza autónoma, independentemente da norma jurídica, nem uma decisão voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral."

O judicialismo, que difere do ativismo, deve ser evitado, sob pena de se estabelecer um retorno à escola do direito livre, movimento jurídico que teve em Hermann Kantorowicz um dos seus principais expoentes.

A escola do direito livre foi uma escola germânica que perdurou entre 1900 e 1930, possuindo como principais defensores Ehrlich e Hermann Kantorowicz (que escrevia utilizando o pseudônimo de Gnaeus Flavius). Eles contestavam o primado da lei (no seu aspecto formal, advindo do legislador), além de advogar a tese de que as normas jurídicas deveriam brotar dos grupos sociais.

Para os defensores desta corrente do pensamento jurídico, o juiz quando fosse decidir uma demanda deveria ouvir o sentimento da comunidade, não podendo decidir, unicamente, com base no direito estatal ou com base na lei. Sendo assim, a sentença judicial seria uma decisão essencialmente criadora do juiz no desempenho de uma ineliminável tarefa pessoal dirigida à realização da justiça. Por conseguinte, o momento central da manifestação do direito é a sua realização concreta, ou seja, a decisão judicial e não a atividade legiferante do estado.

As críticas então firmadas em face da escola do direito livre parecem perfeitamente mobilizáveis para o judicialismo, sendo elas as seguintes: a) ela contrapôs a segurança jurídica positivista com a existência de fontes jurídicas extralegais (como o costume, a jurisprudência e a ciência do direito); b) contra a ideia de plenitude do sistema jurídico (próprio dos exegetas) a escola do direito livre afirmou que no direito legal há tantas lacunas como palavras; c) o direito não seria criado pela razão, mas pela vontade, movida pela intuição axiológica emocional; pela intuição concreta do justo. O objetivo é atingir a maior justiça, o que é algo deveras subjetivo; d) a decisão judicial pode ser *contra legem* quando a lei não oferece uma solução clara e se o juiz concluir que, ao tempo da decisão, o legislador teria provavelmente previsto outra solução. Logo, o magistrado poderia decidir no sentido que presumisse ser o do legislador atual e, se fosse impossível determiná-lo, decidiria segundo o direito livre; e) a principal crítica que lhe é atribuída é que a escola do direito livre não conseguiu afastar o arbítrio e o puro subjetivismo, geradores de uma insegurança intolerável.

No que diz respeito a essa derradeira crítica e transportando-a para os dias presentes, deve-se, fazendo eco das lições de Streck (2012, p. 87), evitar um decisionismo pessoal do magistrado. Diz ele que não se pode admitir a fluidez da ideia de que seria permitido aos

julgadores apenas julgar de acordo com suas consciências. Afirma que a sua crítica à discricionariedade judicial não deve ser entendida como uma proibição de interpretar. O seu receio fica evidente quando assevera que o drama da discricionariedade que critica reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores.

Feito um breve inventário de alguns pensadores e das ideias contrárias a uma "judiciocracia", permite-se enveredar pelo caminho das considerações finais.

5 CONCLUSÃO

Pelo todo visto, fica perceptível que a jurisdição constitucional, caracterizada por promover a centralidade da Constituição e a supremacia judicial na interpretação das normas constitucionais, desencadeou alguns novos fenômenos jurídicos que refletem diretamente no campo político, os quais, carecem de um estudo mais aprofundado, capaz de individualizá-los, estabelecendo as características próprias de cada um deles, assim como as efeitos de sua aplicação.

O presente artigo concentrou-se no estudo do ativismo judicial, trazendo o entendimento de diferentes autores sobre o assunto, de forma a apontar os benefícios para o ordenamento jurídico brasileiro e também sinalizar as possíveis dificuldades quanto à aplicação desordenada ou desvirtuada pelo Judiciário.

Ao decorrer do trabalho, buscou-se melhor compreender o fenômeno, de maneira a traçar as linhas de pensamento favoráveis e contrárias a expressiva interferência do Judiciário em questões originariamente de atuação dos demais Poderes, acarretando, portanto, uma conduta proativa, estreitando as distâncias entre a arena política e o espaço jurídico, com o propósito de garantir uma maior efetividade dos valores constitucionais.

Em breve recapitular, o judicialismo e ativismo judicial precisam ser diferenciados, podendo ser aquele individualizado como a transferência, para o Poder Judiciário, de decisões política, social e moralmente relevantes, em prejuízo das instâncias políticas tradicionais, quais sejam: o Poder Legislativo e o Executivo. Já o ativismo judicial, conforme esboçou-se no decorrer do estudo, consiste em uma expressão originária dos Estados Unidos, que pode ser caracterizada como uma atividade proativa do Poder Judiciário quando da interpretação da Constituição, de maneira a ampliar o seu alcance e sentido.

O ativismo, sem deturpações, poderia também ser entendido como tendo a pretensão de concretização de um direito axiologicamente comprometido com os princípios, dentre os quais se destaca o cânone da dignidade da pessoa humana.

Dito isso, muitas críticas surgiram na doutrina quanto à excessiva intervenção judicial nas relações sociais, podendo explicitar algumas delas: a) dificuldade contramajoritária: caracterizada pela atuação expansiva do Judiciário de forma a sobrepor suas decisões às ações dos agentes políticos eleitos, desequilibrando a clássica lição da separação dos poderes; b) capacidade institucional e os riscos dos efeitos sistêmicos, haja vista que nem sempre a decisão judicial é a melhor solução para determinadas matérias, notadamente aquelas que envolvem aspectos técnicos e científicos complexos, podendo incorrer em efeitos indesejáveis ou imprevisíveis, de forma a promover um impacto negativo nas relações sociais; c) problema da elitização do debate político, através da desnecessária utilização de métodos de argumentação rebuscados, os quais não se fazem acompanhar pela população, fazendo com o papel da sociedade civil se restrinja à meros expectadores, na espera de soluções providenciais de juízes quanto ao deslinde de questões sociais, que tradicionalmente, deveriam ser resolvidas pelos agentes políticos; d) colapso judiciário em razão da crescente procura do Poder Judiciário pelos jurisdicionados, que antes mesmo de procurarem os meios legiferantes próprios, se socorrem do judiciário para buscarem o alcance de suas prerrogativas.

Neste toar, em que pese os entendimentos contrários ao ativismo judicial, já mencionados no decorrer do texto, não se pode negar sua existência, fazendo-se diferenciar do fenômeno da autocontenção judicial, este último caracterizado pela diminuição da interposição do Poder Judiciário nas matérias estranhas a sua alçada.

Entrementes, incumbe ao Judiciário, a garantia desses direitos fazendo uma leitura da Constituição com os olhos no amanhã, com os olhos no futuro e deixando bem claro que a eficácia normativa depende de um esforço coletivo não apenas dos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, parece indesmentível que tal tarefa (a de realização do direito) não pode prescindir da valorosa ajuda que pode ser dada pelo Poder Judiciário.

O presente estudo advoga a tese de que o problema da interpretação jurídica passa por uma significativa mudança no atual contexto metodológico, porquanto deixou de ser concebido apenas como um problema relativo a interpretação normativa e passou também a ser compreendido como um verdadeiro ato de realização do direito.

No que concerne ao tema de um Poder Judiciário protagonista dos rumos sociais, forçoso que se tenha em conta de que o primado da separação dos poderes não se constitui um fim em si mesmo, porquanto nos dias presentes emerge o fenômeno de desneutralização política do Poder Judiciário.

Em meio a todas essas mudanças no sistema jurídico brasileiro, dúvidas não pairam

quanto à necessidade de encontrar os limites para a atuação do Poder Judiciário, sendo este um dos desafios da atualidade, defendendo-se a jurisprudência como fonte do direito, bem como da eficácia erga omnes das normas jurisprudenciais.

O sistema jurídico brasileiro passou de um passivismo para um ativismo judicial. Esta mudança trouxe duas grandes problemáticas, a saber: o pan-principiologismo e o arbítrio judicial. Para solucionar as dificuldades acima apontadas dois são os caminhos recomendados: o garantismo e uma melhor hermenêutica constitucional.

Trata-se, pois, de um debate ainda inacabado e em plena efervescência e o presente estudo buscou ser um ponto de partida para o conhecer das matizes que envolvem o tema do ativismo judicial (e do neoconstitucionalismo, do qual se mostra indissociável), com especial enfoque no modelo implementado no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à constituição**: um atentado ao poder reformados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ARTIOLLE, Thiago Silva. A atribuição de eficácia contra todos e efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade: quando exercido pelo supremo tribunal federal. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 11, n. 22, jul/dez. 2009.

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan/mar. 2009.

BARROSO. Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, fev/mai. 2010.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS**: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, jul/dez. 2006.

_____. **Temas de direito constitucional** - tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOTELHO, Marcos César Botelho. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Harbermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo STF nº 463**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. Acesso em: 31 de jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recl. nº 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes Ferreira. **Dje 25/08/2006**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo /documento/informativo463.htm>. Acesso em: 01 ago. 2013.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do supremo tribunal federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti

de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. A tréplica: o constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 27 jul. 2013.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitucíon**. Tradução Christian Forster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JÚNIOR, José Herval Sampaio. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2008.

LOEWENSTEIN, Kar. **Teoria de la constituición**. Barcelona: Edciones Ariel, 1970.

MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 3. ed., 2004.

_____. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Ril**: Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr/jun. 2004.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. O Espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e verfassungsstaat. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.). **Direitos Fundamentais e estado constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, António Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Vol. I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

PECH, Laurent. Le remède au gouvernement des juges: Le judicial self-restraint?. In: BRONDEL, S.; FOULQUIER, N.; HEUSCHLING, L. (dir.). **Gouvernement des juges et démocratie**. Paris: Presses universitaires de la Sorbonne, 2001.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). **Estudos contemporâneos de direito**: desafios e perspectivas. São Paulo: Canal6, 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009.

SOUZA. Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Jurídica**, v. 9, n. 89, fev/mar., 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em: 01 agosto de 2013.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALE, André Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, n. 9, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisprudencial e o supremo tribunal federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. **Versus**: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE, v. 2, 2009.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitucíon: una aproximación al origen del concepto. **CEPC**: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 20, n. 58, enero/abril 2000.