

Nivea Corcino Locatelli Braga¹

RESUMO

O presente artigo científico busca fazer uma análise, numa tentativa de tensionamento do protagonismo judicial e de seus efeitos, mormente nos termos em que vem sendo praticado no Brasil. Será demonstrado que não existe consenso quanto à utilização do instituto, para o doutrinador, Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial surge como um mecanismo necessário no intuito de conter abusos e omissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Para o hermenêuta Lenio Luiz Streck o agigantamento do Poder Judiciário é tido como funesto, conspurcando a obtenção pelo jurisdicionado de uma resposta adequada à Constituição da República Federativa do Brasil, comprometendo a deontologia e a coerência do direito. Deste modo, será necessário abordar através de pesquisa bibliográfica os principais posicionamentos doutrinários existentes, assim como os aspectos positivos e negativos do ativismo judicial, viabilizando um panorama de suas nodais tensões e perspectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Protagonismo Judicial; Aspectos Positivos; Aspectos Negativos.

1. INTRODUÇÃO

Procura-se a partir da experiência norte-americana perquirir sobre a origem da expressão ativismo judicial, através de consulta ao *Merriam-Webster's Dictionary of Law*² e ao *Black's Law Dictionary*³.

A primeira obra referida ao definir o ativismo enfatiza o elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais, já a segunda obra destaca o elemento

¹Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Estácio de Sá. Professora da Graduação da Universidade Estácio de Sá. Integrante da Equipe Editorial e Avaliadora da Littera Docente & Discente em Revista. Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Processo Civil Contemporâneo pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Pós-Graduada em Docência do Ensino Superior pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

² A versão on line do dicionário define judicial *activism* como "...the practice in the judiciary of protecting or expanding individual rights through decisions that depart from established precedent or are independent of or in opposition to supposed constitutional or legislative intent..." *Judicial Activism*. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Disponível em: <<http://dictionary.reference.com/browse/judicialactivism>>. Acesso em: 20/06/2014.

³ "...a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent."

de cunho comportamental, a forma como cada julgador compreende as normas constitucionais, ressaltando a visão pessoal do magistrado.

Verifica-se que, em termos de definição existem divergências quanto à ênfase outorgada ao ativismo, o que denota o caráter multifacetário e a riqueza de peculiaridades inerentes ao instituto.

A expressão *judicial activism* foi cunhada no artigo *The Supreme Court: 1947* publicado na revista americana *Fortune*⁴, escrito pelo historiador e político do partido democrata, Arthur Schlesinger Júnior que comentou as linhas de atuação da Suprema Corte no *New Deal*, analisando as particularidades dos nove magistrados da Suprema Corte norte-americana.

Alguns juízes americanos defendiam que a Suprema Corte podia através concepção política exercer a efetivação de políticas públicas visando o bem-estar social, o que foi identificado por Arthur Schlesinger Júnior, como ativismo judicial, por entender que o caráter progressista poderia constituir ameaça a democracia⁵.

No entanto, apesar de ter cunhado o termo, o historiador não se dedicou a formular uma definição ou estabelecer critérios para a caracterização do *judicial activism*⁶.

Desde então a expressão tem sido utilizada de forma corrente e não criteriosa. Como observa Kermit Roosevelt o termo ativismo judicial é essencialmente vazio de conteúdo, constituiu uma maneira inflamada de registrar desaprovação frente a uma decisão⁷.

Não obstante o uso assistemático do ativismo, metodologicamente se faz imperiosa a particularização e o estabelecimento de seu significado.

Assim Keenan Kmiec identificou as cinco principais conceituações do ativismo judicial que são utilizadas pela doutrina e jurisprudência na atualidade:

“I) a prática dedicada a desafiar atos de outros poderes que sejam de constitucionalidade defensável; II) a prática envolvendo estratégias de não aplicação dos precedentes; III) a conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; IV) a prática de o julgador afastar-se dos cânones metodológicos de interpretação; V) julgar para fins de alcançar um resultado pré-determinado”⁸.

⁴ KMIIEC, Keenan. *The origin and current meanings of “judicial review*. In: California Law Review, 2004.

⁵ KMIIEC, Keenan. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1441-1476.

⁶ KMIIEC, op. cit., 1450.

⁷ KMIIEC, Keenan. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1453.

⁸ KMIIEC, op cit., 1454.

Os sentidos múltiplos das conceituações trazidas não tem o condão de desobnubilar à realidade cotidiana consubstanciada na aplicação do direito pelos juízes e tribunais.

O primeiro conceito de ativismo empregado pelo autor no que concerne à prática dedicada a desafiar atos de outros poderes que sejam de constitucionalidade defensável tem como elemento central a teoria da separação de poderes. Assim diante de questões controversas cabe ao Poder Judiciário adotar uma postura auto-limitativa e privilegiar a decisão do parlamento.

O segundo conceito visa preservar a *common law* alicerçada na doutrina do *stare decisis*. Não pode o julgador ignorar as decisões proferidas anteriormente pelos órgãos superiores em casos idênticos, não deve o tribunal igualmente ignorar suas próprias decisões pretéritas, na verticalização e na horizontalização de precedentes, salvo em situações excepcionais como ocorre no *overruling*, desconstituição fundamentada do precedente.

O terceiro sentido do termo ativismo se revela problemático à medida que irá depender da concepção de direito que se adota. Em linhas gerais um tribunal ativista seria aquele que ultrapasse os limites existentes no texto normativo.

O quarto sentido está ligado ao terceiro, porém envolto pela hermenêutica do direito, especialmente no tocante aos métodos de interpretação, sendo mais implexo.

O ativismo nos moldes propostos pelo quinto conceito é abstruso de ser constatado, depende da verificação empírica e da conjugação de elementos que comprovem os motivos subjacentes à prolação da decisão judicial, de forma a evidenciar que a vontade do julgador tenha sido o principal elemento orientador, para que a decisão tenha sido proferida com um objetivo pré-determinado⁹.

Willian Marshall procurando não estabelecer conceitos elenca sete indicadores do ativismo judicial: “I) o contra-majoritarismo; II) o não-originalismo; III) ausência de deferência perante os precedentes judiciais; IV) o ativismo jurisdicional; V) a criatividade judicial; VI) ativismo remedial e VII) o ativismo partidário¹⁰”.

As citadas classificações embora não denotem formas puras correlativas à realidade, possibilitam um melhor entendimento sobre o fenômeno do ativismo, constituindo ferramentas analíticas nodais para o estudo das decisões judiciais¹¹.

⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em 19/06/2014.

¹⁰ MARSHALL, William P. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em 15/06/2014.

¹¹ VIEIRA, José Ribas. JUDICIAL, Grupo do Ativismo. *Verso e Reverso: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 26/08/2014.

O enfoque do presente trabalho será o ativismo jurisdicional, nos moldes em que vem sendo praticado no Brasil, serão observadas as particularidades do fenômeno, especialmente em razão da aplicação e da interpretação da lei pelos julgadores.

2. O MARCO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O Brasil passou períodos históricos representados pela escravidão pelo coronelismo, pelo populismo, para citar apenas alguns e por derradeiros anos em regime ditatorial, instalado pelo golpe militar ocorrido em 1964.

Constata-se que, após 1964, foram vinte anos convivendo com a mesma forma de governo, em um país historicamente excludente, centralizador, negligente na outorga de direitos, urgindo a necessidade da fundação de um novo estado, que representasse os anseios da população, alijada de cidadania.

No intuito de ouvir os reclamos dos cidadãos e de dar legitimidade a fundação do novo estado, o Poder Legislativo, entre 1986 e 1987 distribuiu nas agências dos Correios, aproximadamente cinco milhões de formulários, para oportunizar a manifestação da sociedade, por meio de pleitos, sugestões, o que gerou o envio de pedidos diversos, ligados à Organização do Estado, ao Meio-ambiente, à Organização Social, à Previdência Social, à Saúde, à Educação, à Cultura, à Política Agrícola, à Política Urbana, entre outros.

A Assembleia Nacional Constituinte integrada por forças conservadoras e por forças tendentes à mudança determinou uma prática de negociação em torno de cada ponto discutido, em episódios de verdadeiro *clinch* político¹².

O que ensejou a inserção de inúmeras garantias e direitos no texto constitucional. A Assembleia Nacional Constituinte materializava a busca de uma reformulação da ordem jurídica, visando dar conta de bloquear movimentos violentos de resposta ao passado que se repudiava e ainda facilitar a integração social¹³.

O legislador constituinte inspirado nas Constituições europeias, que traziam a similitude de terem sido criadas para reverter os efeitos perniciosos advindos de regimes

¹² NOBRE, Marcos. *Indeterminação e estabilidade. Os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito*. . In Novos Estudos CEBRAP, vol. 82, 2008, p.97-106.

¹³ VIANNA, Luiz Werneck. “O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação”, in R. G. Oliven *et alii* (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*, São Paulo: Hucitec/anpocs/Fundação Ford, 2008.

totalitários, como o nazismo na Alemanha, o franquismo na Espanha, o fascismo na Itália e o Salazarismo em Portugal, fundou no Brasil, o Estado Democrático de Direito, como modelo, apto a contornar as celeumas legadas pelos anos de convivência com a ditadura¹⁴.

Nascia então a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, *locus* primeiro do Estado Democrático de Direito e de seus elementos estruturais.

No intuito de outorgar normatividade abrangente, os direitos que outrora eram relegados ao plano político-formal foram inseridos na Carta Magna.

Embora fulgente o objetivo do constituinte ao inserir vasta riqueza de direitos, não é possível afirmar ainda, que o projeto de sociedade estabelecido pela Constituição de 1988 tenha encontrado espaço para sua concretização¹⁵.

A tarefa de construção democrática estava apenas tendo início com o advento da Constituição, a partir de então o Poder Judiciário fortalecido pela lei maior procurou retomar seu papel político neutralizado durante o período da ditadura.

O passado constitucional brasileiro influenciado pelos regimes políticos adotados contribuiu para a neutralização do Poder Judiciário, o que ocorreu de forma proeminente na época da ditadura.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil promovendo a garantia de inúmeros direitos, mormente os fundamentais, o Poder Judiciário encontrou fundamentação e legitimação para exercer o papel político, outrora relegado, impulsionando o protagonismo judicial.

3. DA IMPORTAÇÃO DE DOUTRINAS E TEORIAS

A Constituição de 1988, assim como a Constituição Portuguesa, guardadas as peculiaridades inerentes à cada diploma, pretendeu-se dirigente, por limitar a liberdade de conformação do legislador a partir da instituição de regras que definem o agir político-social

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.276.

¹⁵ STRECK, op. cit., 275.

do Estado e consagrou o Estado Democrático, com o fulcro de promover a concretização dos direitos fundamentais sociais¹⁶.

Assim foram feitas algumas importações que não necessariamente passaram pelo crivo analítico e crítico de perquirir sobre o momento histórico em que as teorias e os institutos surgiram no país de origem, sua aplicação, efetividade, distorções, peculiaridades propaladas no ordenamento jurídico em que foram empregadas, além da verificação da possibilidade de sua adequação ao Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição de 1988.

Numa importação feita através de apreciação perfunctória foram trazidas teses e teorias, conciliáveis e inconciliáveis com a realidade brasileira, o que deu ensejo a adaptações, modificações, supressões.

Esta prática aliada às necessidades de suprir as omissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo fomentou o ativismo judicial, que permeia cotidianamente as decisões proferidas pelos juízes e tribunais.

Ocorreu, a introdução equivocada de três principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano, com proeminência no ativismo judicial e a teoria de argumentação de Robert Alexy¹⁷.

A jurisprudência dos valores surgiu após a segunda guerra mundial e foi desenvolvida na Alemanha, mais precisamente no Tribunal Constitucional, como mecanismo de abertura aplicado a uma legalidade enclausurada.

A utilização da jurisprudência dos valores também é fundamentada como forma de legitimar a aplicação da Lei Fundamental alemã, que não contou com a participação satisfatória da população. É utilizada em um contexto histórico próprio, peculiar, em virtude de demandas específicas, e mesmo assim, existem na Alemanha incisivas condenações a sua aplicação¹⁸.

Foi incorporada ao “direito”, a tese principal da jurisprudência dos valores: a de que a Lei Fundamental constitui uma ordem concreta de valores, incumbindo ao intérprete encontrá-los e despontá-los. O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação alexyana, que recebeu uma leitura simplista e equivocada por parcela da doutrina¹⁹.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.276.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012. 4.ed.,p.48.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität um Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 1992, p.35-36.

¹⁹ Um exemplo ilustrativo dessa mixagem teórica pode ser extraído da seguinte passagem: “A colisão entre princípios constitucionais decorrem, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de

Neste sentido, a jurisprudência brasileira, por vezes alicerçada na doutrina, aplica a ponderação, criada por Robert Alexy.

Ainda nas importações, foi trazido para cá o ativismo judicial norte-americano, anunciado como instituto de efeitos positivos, libertador do positivismo exegético, com o fito de outorgar poderes amplos aos julgadores, integrantes do poder judiciário brasileiro.

O marco da expansão do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América ocorreu com a afirmação da doutrina do *judicial review of legislation* no célebre caso *Marbury v. Madison*²⁰, em 1803.

O ativismo norte-americano, não é recente nos Estados Unidos da América, sendo debatido no país há mais de duzentos anos e foi perpetrado às avessas, com a postura da Suprema Corte americana no tocante ao *New Deal*²¹.

Verifica-se um processo conflitivo institucional latente manifestado de forma intensa nos Estados Unidos da América, ainda não superado com a experiência prática do *judicial review*. Inexiste na constituição do país dispositivo que outorgue ao Judiciário a função de guardião da constituição.

Desde o debate sobre o *judicial review*, a doutrina americana tem se mostrado firme no sentido de prestigiar a postura da Suprema Corte, sem descurar da necessidade de um desenho teórico que sistematize seus padrões de decisão²².

Alexander Bickel justifica a prevalência da decisão judicial sobre os demais poderes alicerçado no princípio contramajoritário²³, salientando que, Mark Tushnet²⁴ e Larry Kramer²⁵ possuem posição diferente.

interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de uma sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto” (Cf. Barroso, Luís Roberto. Novos paradigmas e Categorias da interpretação constitucional. In: Fernandes, Bernardo Gonçalves (org.). *Interpretação constitucional: Reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Juspodivm, 2010.p.189). Aqui parece ficar claro como a ideia da “Constituição como ordem de valores” é literalmente subsumida a teoria alexyana da colisão de princípios sem, entretanto, atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria de Alexy. Ora, os princípios são, para Alexy mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. É essa estrutura alargada de dever-ser-que é dada *prima facie* – que tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente-ou seja, posterior a colisão- que incorpora o procedimento da ponderação. Por mais paradoxal nessa mixagem teórica é que Alexy constrói sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando as estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.276.

²⁰ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

²¹ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Nova York: Roman & Littlefield, 1994 apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.288.

²² VALLE, Vanice Regina Lírio do. VIEIRA, José Ribas. *Saídas Institucionais ou a Força do Processo Democrático na Prevalência da Constituição?* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1102.pdf>. Acesso em 25/08/2014.

Em sentido inverso, os citados autores defendem o questionamento da fundamentação de legitimidade do *judicial review*, estabelecendo a noção de *we the people*, a partir do qual o reencontro do constitucionalismo com o povo admitiria uma sustentação à mais justa intervenção judicial, sem maiores embaraços a estrutura da separação dos poderes²⁶.

Assim, a atuação do judiciário frente ao princípio da separação dos poderes traz uma forte tensão institucional no sistema norte-americano, que deve ser analisada dentro das peculiaridades em que ocorre.

No Brasil a tensão também acontece, mas ganha contornos distintos, razão pela qual, a importação de doutrinas e teorias deve ser feita, quando possível, guardadas as devidas peculiaridades de cada sistema.

4. O CENÁRIO DE DESENVOLVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS PRINCIPAIS PERSPECTIVAS

Um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política contemporânea é o protagonismo social e político dos tribunais, constatado no continente americano e na Europa²⁷.

O Poder Judiciário ao longo dos últimos 150 anos têm apresentado particularidades inerentes a cada período histórico, sendo necessário perquirir seu papel desde o Estado Liberal.

No período do Estado liberal que cobriu o século XIX e perdurou até a primeira guerra mundial, com a teoria da separação dos poderes, ocorreu à predominância do Poder Legislativo sobre os demais poderes, assumindo o Judiciário um poder politicamente neutralizado, já que em obediência ao princípio da legalidade não poderia decidir *contra legem*²⁸.

²³ SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 20/05/2014.

²⁴ TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. *Michigan Law Review*, Aug 2003, vol. 101, Issue 8, ABI/INFORM Global, p. 2781-2802.

²⁵ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

²⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. VIEIRA, José Ribas. *Saídas Institucionais ou a Força do Processo Democrático na Prevalência da Constituição?* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1102.pdf>. Acesso em 25/08/2014.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 20/05/2014.

²⁸ SANTOS, MARQUES, PEDROSO, op. cit.

No Estado Providência o polo de tensão foi deslocado, passando o Poder Executivo a predominância política. A juridificação do bem-estar social fomentou novos campos de litigação, acarretando maior atuação e visibilidade social e política do Poder Judiciário²⁹.

A partir da crise do Estado Providência, o Poder Judiciário encontrou as condições propícias para atuar de forma mais efetiva e política, o que foi ocorrendo de forma gradativa.

Na matriz do estado moderno o Poder Judiciário é um poder político, dotado de soberania, salientando que ele só se assume publicamente como poder político na medida em que intervém em outros domínios políticos³⁰.

Assim o ativismo judicial é realidade da sociedade hodierna³¹, não há como negar sua existência e implicações.

A mudança do contexto histórico, o enredamento das relações jurídico-sociais, a ruptura de paradigmas constitucionais constituíram fatores importantes que conduziram a ampliação da atividade jurisdicional.

A crise de representatividade democrática desafia a necessidade de participação maior do Poder Judiciário em searas até então relegadas aos outros poderes da república.

No Brasil, a partir da década de 80, os juízes de primeira instância, mais próximos das evidentes discrepâncias entre igualdade formal e justiça social têm através da prolação de decisões, realizado a constitucionalização do direito ordinário, no intuito de viabilizar uma outorga mais efetiva dos direitos³².

A criação intersticial avança à medida, em que falham os princípios de subsunção lógica na aplicação do direito, o que é fomentado pela complexidade dos negócios utilizando as cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios, pressão formal e informal sobre os juízes, fatores que fazem com que se atenuem as fronteiras entre a criação e a aplicação do direito, nestes limites que a criação do direito tem lugar³³.

Boaventura de Souza Santos assevera que a criação do direito é caótica, precária, mas nem por isso desnecessária³⁴.

²⁹ SANTOS, MARQUES, PEDROSO, op. cit.

³⁰ SANTOS, MARQUES, PEDROSO, op. cit.

³¹ A pós-modernidade é um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, diante da necessidade de um longo processo de maturação axiológica. (cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. 2 ed., p.147.

³² FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP, 21:46-57.

³³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 20/05/2014.

³⁴ SANTOS, MARQUES, PEDROSO, op. cit.

É na solução de litígios que os julgadores cunham as normas que serão aplicadas exercendo a função de controle social através da afirmação de uma normatividade que deixa de depender da vontade das partes³⁵.

A função política e simbólica dos juízes e tribunais é deveras importante e deve ser exercida quando preciso.

O referido autor reconhece o ativismo judicial, especialmente o que vem sendo exercido no Brasil como necessário a implantação dos direitos fundamentais e sociais.

A ideia do ativismo está associada a uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização de valores e desideratos constitucionais, com maior ingerência sobre os outros poderes da república³⁶.

Nesta toada, Luis Roberto Barroso argumenta, que a Constituição de 1988, está abarrotada de compromissos que não podem honrados, declarando que no momento histórico de sua feitura, após a ditadura militar, impregnada de intenções e valores questionáveis, não se buscava o caminho, mas o desvio, o disfarce, para o que estava escondido³⁷.

A Constituição nesse viés tornava-se uma mistificação, um instrumento de predomínio ideológico³⁸, apinhada de promessas fadadas ao esquecimento.

Visando à superação da celeuma foi apresentada a teoria da efetividade, como um mecanismo hábil de enfrentamento da insinceridade do contido na Constituição Brasileira e de superação política exercida fora e acima da lei fundamental³⁹.

Trazendo para estruturar a tese veiculada pela doutrina da efetividade, foram incorporados os ensinamentos de Vezio Crisafulli⁴⁰ e de Meirelles Teixeira⁴¹, pugnando pela existência das normas programáticas, nas classificações efetuadas.

José Afonso da Silva começou a difundir a classificação das normas constitucionais no tocante a sua eficácia e aplicabilidade em: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, passíveis de restrição e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras teriam eficácia plena independentemente de providência posterior para sua aplicação, as segundas

³⁵ SANTOS, MARQUES, PEDROSO, op cit.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em 10/06/2014.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.284.

³⁸ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.1985,p.44.

³⁹ BARROSO, op. cit., p. 284.

⁴⁰ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e Le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè Editore, 1952.

⁴¹ J.H. Meirelles Teixeira. *Curso de direito constitucional*. 1991.p., 317.

recebem normatividade, mas preveem meios normativos que podem reduzir a eficácia e aplicabilidade e as normas de eficácia limitada não teriam recebido do constituinte normatividade necessária para sua aplicação, delegando ao legislador ordinário a tarefa⁴².

Como integrante da América Latina, deve ser observado que o direito brasileiro possui simetrias com os demais países que a compõem. Nos vinte países e onze territórios independentes, constata-se uma latente desigualdade social e econômica, o que foi reconhecido pela CEPAL, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, ao final da segunda guerra mundial.

Neste contexto o ativismo judicial se desenvolve como forma de conceder acesso à justiça, salientando que, de todos os países que integram a América Latina é no Brasil que, o protagonismo judicial tem ganhado forma e destaque.

Importante a contribuição de Luiz Werneck Vianna, ao asseverar que, o ativismo judicial quando bem compreendido fomenta a manifestação de institucionalidades importantes e democráticas reforçando a consolidação da arquitetura constitucional. Entretanto, quando mal compreendido provoca denúncias de um governo dos juízes, leva a concepção de uma justiça que renuncia a coerência do direito se tornando um instrumento do derruimento⁴³.

No Brasil, os argumentos trazidos por Luís Roberto Barroso, através da doutrina da efetividade estruturam a legitimam hermeneuticamente a participação ampla dos juízes na criação do direito, com o fomento do papel político desempenhado pelo Poder Judiciário.

A democracia representativa individualmente considerada, não tem o condão de promover o Estado Democrático, sendo necessária a atuação política do Poder Judiciário, posição criticada por Lenio Luiz Streck como será abordado no artigo.

5. A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO CANADÁ

No direito comparado, a Carta de Direitos Canadense na Seção I e na Seção 33, autoriza um equilíbrio entre os interesses de supremacia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁴³ VIANNA, Luiz Werneck. *O ativismo judicial mal compreendido*. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05. Disponível em: < <http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522.> Acesso em 26/08/2014.

HOGG e BUSHELL⁴⁴ a partir da observação empírica concluíram o que se chamou de diálogo institucional, constataram que a decisão da Corte não se apresentava com definitiva, abrindo-se à possibilidade de uma rápida resposta institucional por parte do legislativo, o qual poderia retificar a decisão jurisdicional prolatada⁴⁵.

O sistema canadense permite a Corte o desenvolvimento de um diálogo descritivo, em que a Corte em seu posicionamento orienta, explicitando seu entendimento no tocante ao conteúdo do direito fundamental em debate – a formulação dos juízos político-legislativos futuros, posicionando-se como observador imparcial no processo de densificação dos direitos de natureza tipicamente legislativa⁴⁶.

O diálogo fica configurado, na medida em que a nenhum dos poderes se reconhece a prerrogativa de uma posição final, sendo possível nova intervenção no processo, numa dinâmica de construção institucional do sentido dos direitos contemplados na Carta, o que contribui para o aumento do ônus argumentativo dos poderes⁴⁷.

O sistema também sofre críticas, a resposta institucional pelo Poder Legislativo sobre a manifestação do Poder Judiciário e o caráter assimétrico das instâncias de poder envolvidas sendo apontados como impeditivos ao diálogo.

Kent Roach⁴⁸ assevera que a “Carta de 1982 não é a revolução esperada por muitos e que muitos temiam; é de preferência uma continuidade e enriquecimento do sistema canadense de *commom law* e tradições democráticas.”

Os arranjos institucionais moldados no Canadá a partir de 1982 inovaram na construção de um sistema de *commom law*, que prestigiava a intervenção judicial, mantendo o parlamento como interlocutor igualmente importante⁴⁹, trazendo uma possibilidade de diálogo entre os poderes, sem no entanto resolver a celeuma da questão democrática.

⁴⁴ HOGG, Peter W., e BUSHELL, Alison. A.. *The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. *Osgoode Law Journal*, V, 35, nº 1, p.79.

⁴⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. VIEIRA, José Ribas. *Saídas Institucionais ou a Força do Processo Democrático na Prevalência da Constituição?* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1102.pdf>. Acesso em 25/08/2014.

⁴⁶ VALLE, VIEIRA, op cit.

⁴⁷ VALLE, VIEIRA, op cit.

⁴⁸ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism of democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 254.

⁴⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. VIEIRA, José Ribas. *Saídas Institucionais ou a Força do Processo Democrático na Prevalência da Constituição?* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1102.pdf>. Acesso em 25/08/2014.

O diálogo canadense não enfrenta uma questão nodal decorrente da evidência de que existe conflito quanto a direitos, submetido à apreciação constitucional, porque há dissenso quanto a esses direitos⁵⁰.

Impõe saber, sob a ótica democrática qual a instituição mais adequada para a superação do dissenso e se o diálogo institucional proporciona contribuições recíprocas entre legislativo e judiciário, a fim de viabilizar a construção de um consenso legitimado pela representação e pela racionalidade técnica⁵¹.

O modelo do diálogo institucional proposto no Canadá constituiu alternativa de compatibilização entre a força normativa da Constituição e as possibilidades de atuação do legislador no marco de uma justiça constitucional⁵².

No Brasil, se verifica um alargamento das atribuições do Supremo Tribunal Federal, que paulatinamente tem avocado para si a análise de temas que não lhe são afetos, por vezes arranhando o princípio da separação dos poderes.

É crescente também a postura ativista de juízes integrantes da 1ª instância e de Tribunais, gerando um agigantamento do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo.

6. OS PRINCIPAIS ASPECTOS NEGATIVOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Como assevera Lenio Luiz Streck, no Brasil o protagonismo judicial produz crescente efeito negativo na sociedade, mina o direito, acarreta o agigantamento do Poder Judiciário, para além de suas competências e finalidades.

Desta maneira, aquele que procura o Poder Judiciário, tem direito não a múltiplas respostas, ao arbítrio do juiz que for o responsável pelo julgamento da causa, segundo Ronald Dworkin, o magistrado possui o dever de decidir de forma correta (*have a duty to*)⁵³, fazendo a devida filtragem hermenêutica.

Como é perpetrado, o ativismo tem gerado discricionariedades, arbitrariedades cometidas pelos julgadores de primeira instância, integrantes de Turmas Recursais, membros de Tribunais, Ministros dos Tribunais Superiores, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰ VALLE, VIEIRA, op cit.

⁵¹ VALLE, VIEIRA, op cit.

⁵² VALLE, VIEIRA, op cit.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203 e ss.

O que se quer demonstrar é o entrançamento do decisionismo em todas as esferas do Poder Judiciário, com a chancela do órgão de cúpula, cunhado para ser o guardião da Constituição, invocando para tanto construções jurídicas das mais variadas, inclusive os conhecidos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ultimamente de tantos outros que sirvam para justificar a postura vontuntarista do referido poder.

A título de ilustração, já que o presente trabalho não visa analisar o Código de Processo Civil, nem o Projeto de Lei que está tramitando no legislativo, cabe identificar que, embora o Código de Ritos estabeleça uma série de formalidades que devem ser respeitadas no curso do processo, justamente para limitar o atuar discricionário dos juízes, estes burlam as regras estabelecidas, conduzem o processo em formato antidemocrático e ao final proferem a decisão que reputam como mais adequada, num atuar individualista dissociado da vontade legislativa, esta consubstanciada pela promulgação da Constituição brasileira.

As decisões dos Tribunais são proferidas atentando-se para visão individual de cada membro seja, do órgão fracionário ou do colegiado, o que causa expectativa, tensão e instabilidade. O jurisdicionado não fica apenas refém da manutenção ou da alternância da composição do órgão julgador, mas também da mudança de pensamento de seus integrantes, o que hermeneuticamente não se sustenta, especialmente em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo.

Pode se observar, como efeito decorrente do ativismo judicial, impulsionado pelas metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, o vultoso número de embargos de declaração interpostos das decisões proferidas, eivadas de lacunas, obscuridades e incoerências. A desatenção, a ausência de compromisso dos magistrados com os jurisdicionados é preocupante. A prolação de uma decisão maculada de vícios ataca diretamente, as partes envolvidas no processo, os direitos veiculados, o aparato judicial, a segurança jurídica, a autonomia do direito e a democracia.

A previsão legislativa dos embargos de declaração não constitui salvo conduto, para que os juízes fundamentem indevidamente, precariamente ou não fundamentem as decisões proferidas, o intérprete tem que detalhar as razões de sua compreensão, pelas quais decidiu de determinada forma, deve fundamentar a fundamentação, numa acepção conteudística.

O julgador tem um compromisso com a Constituição, com a ordem democrática, com a preservação do direito. Não é plausível, que se esqueça de analisar questões postas pelas partes em dialeticidade, que profira decisões sem clareza de sentido, obscuras e ou contraditórias. Esse agir não traduz a função da atividade jurisdicional.

Assim, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entendeu que, a motivação se integra ao direito fundamental e que as decisões judiciais devem indicar de modo suficiente os motivos em que se fundam⁵⁴.

A celeuma vai além, outro efeito colateral é incompreensão e o descrédito crescente da sociedade e dos poderes constituídos em relação ao Poder Judiciário. O que é constatado nos julgados referentes aos pleitos de compensação pelos danos morais sofridos, é sabido que cada juiz possui o entendimento peculiar, englobando sua visão de mundo e do direito, do que seja o dano moral, de sua incidência, valor e de sua não aplicação para casos idênticos.

Cita-se o caso de uma atriz, cuja fotografia, que a apresentada desnuda, havia sido num primeiro momento divulgada em determinada revista, mediante sua aquiescência e posteriormente, foi publicada em outro jornal de grande circulação, sem seu consentimento. Fato este que, ensejou o ajuizamento de Ação de Reparação de Dano Material cumulada com Ação Compensatória por Danos Morais. Em primeira instância os pedidos foram julgados procedentes, fixando a indenização por danos morais em dois mil salários mínimos, sendo a decisão mantida em recurso julgado pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No entanto, a decisão foi embargada, oportunidade em que foi reduzido o *quantum* indenizatório no tocante ao dano material e julgado improcedente o pedido de danos morais. O relator, desembargador Wilson Marques, integrante do II Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁵⁵ “fundamentou” a decisão sob o argumento de que o uso não consentido da imagem da atriz não lhe acarretou dor, tristeza ou vexame, já que estes sentimentos negativos, só poderiam ser sentidos pelas mulheres desprovidas de beleza.

Inconformada a atriz interpôs recurso especial, tendo a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça⁵⁶ se dividido; os ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Antônio Pádua Ribeiro entenderam ser incabível a indenização por danos morais e a ministra Nancy Andrighi e o ministro Waldemar Zveiter acharam existir ofensa aos direitos da personalidade.

⁵⁴ Cf. Sentenças de 09.12.1994 – TEDH 1994, 4, Ruiz Torija e Hiro Balani-ES, parágrafos 27 e 29; de 19.02.1998 TEDH 1998,3 Higgins e outros-Fr, parágrafo42;e de 21.01.1999 – TEDH 1999,1, Garcia Ruiz-ES.

⁵⁵ Cf. TJRJ, Rel. Des. Wilson Marques, julg. em 29.09.1999 e publicado na *Revista do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n.41,p.184-187. O relator insiste no ponto: “Não se trata de discriminação contra as mulheres belas, nem, muito menos, de fazer apologia a feiúra. [...] O que se pretende – é só o que se pretende – é demonstrar que não se concede indenização (*rectius*: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza. À conta desses fundamentos, o Grupo dá parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da remuneração pelo uso da imagem da embargada a R\$ 50.000,00 e para excluir do universo das parcelas indenizatórias e relativa à indenização de dano moral”.

⁵⁶ Cf. RESP. 270.730, 3 Turma, Relatora para o acórdão Min. Nancy Andrighi, julg. Em 20.12.2000,para o El. E publicado no DJ de 07.05.2001.

Proferindo o voto decisivo, o ministro Ari Pargendler, fixou o dano moral no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Simbologias que permeiam o imaginário dos juízes são identificadas, a partir das condutas perpetradas na decisão citada. O relator do recurso, no II Grupo de Câmaras Cíveis, ao justificar o voto proferido, teceu publicamente suas concepções individuais sobre o belo e o feio e prosseguiu determinando que a mulher bela, restaria blindada do sofrimento moral, concluindo que a mulher sem este predicativo estaria apta a sofrer lesões em sua personalidade, quando da exibição não autorizada de fotografia despida, estabelecendo como único parâmetro para o sofrimento moral a inexistência de beleza, numa visão discriminatória e destituída de fundamento, lógico ou jurídico, para dizer o mínimo.

Ora, a dor moral não se mede e não pode ser atributo do belo ou do feio, justamente por se tratar vileza aos valores íntimos, pessoais.

A postura descrita é produto do sujeito *solipsista* (*Selbstsüchtiger*), que constrói seu próprio objeto de conhecimento⁵⁷, denunciando a patologia que acomete o Poder Judiciário.

Provavelmente, num primeiro momento o desembargador em operação inversa, decidiu para depois “fundamentar” e contou com o apoio de seus pares, que em detrimento do direito, acompanharam o voto do relator, culminando com a publicação do acórdão em Revista do Tribunal Fluminense, exibida ao público como repertório autorizado de jurisprudência.

Outro ponto importante é a insegurança gerada pelas decisões como as citadas, inicialmente foi fixado o valor equivalente a dois mil salários mínimos, a título de danos morais, mantidos pelo Tribunal, que em momento posterior retirou a condenação, culminando no Superior Tribunal de Justiça, com a condenação na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), graças ao entendimento do relator.

Neste sentido, é possível chegar às mais diversas respostas, em casos idênticos, sob o questionável manto do bom senso, da ponderação, da proporcionalidade e da razoabilidade, que mudam conforme o entendimento e a corrente adotada ou criada pelo intérprete, que de forma velada, ilegítima e antidemocrática, dá azo a arbitrariedades e a decisionismos infundados.

O jurisdicionado se depara com um Poder Judiciário lotérico, podendo ter sorte ou azar na decisão proferida, o que claro irá depender da visão *solipsista* do juiz ou do entendimento prevalecente na composição do órgão fracionário, quando do julgamento do

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3. ed., p.17.

recurso eventualmente interposto, alimentando o jargão propagado entre alguns, para os quais o direito é aquilo que os tribunais dizem que é. Passa-se então a dar ênfase a jurisprudência, a repetir o que foi fruto da análise de um caso concreto, como sendo aplicável a todos os demais.

Assim criam-se as súmulas, que são estudadas, analisadas ou simplesmente aplicadas como sendo a adequada solução para vários casos, ainda que não seja; ainda que importe em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório; mesmo que contrarie a Constituição, afinal viva o governo dos juízes.

Com a utilização direta das súmulas nos casos concretos, está se permitindo a elaboração sistêmica de respostas definitivas, possibilitando que as respostas venham antes das perguntas, o que não é hermenêutico.

O Poder Judiciário usa com impropriedade o ativismo judicial como método de superação das insuficiências legislativas de imprevisibilidade das situações ocorridas e que podem advir no mundo, mas através de seu atuar, reproduz justamente o que diz combater, antecipando as respostas, deslocou apenas o polo de tensão.

Outro aziago sintoma do protagonismo judicial é a invasão dos mais variados princípios, ora calcados na doutrina, ora criados *ad hoc* pela jurisprudência, que servem para “legitimar” as decisões proferidas, como o princípio do “*venire contra factum proprium*”, princípio da “afetividade”, princípio da “felicidade”, para citar apenas alguns. Fenômeno este conhecido como pampricipiologismo, e que deve ser combalido por corroer a inteireza e coesão do direito⁵⁸.

São criados *standards* jurídicos, construídos de modo voluntarista, por pessoas descompromissadas com a deontologia do direito, o que gera uma leitura equivocada do conjunto principiológico próprio do Constitucionalismo Contemporâneo, fragilizando o direito⁵⁹.

O intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto, como adverte Ronald Dworkin⁶⁰, o que não significa que este possa atribuir os sentidos que lhe convier.

Assim, o aplicador do direito, não pode atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma tivessem existência apartada, sem ligação umbilical. A permissão e a chancela da discricionariedade judicial e seus efeitos consistem em atitude

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.19.

⁵⁹ STRECK, op. cit., 19.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.203 e SS.

positivista, aqui entendida, como um *modus operandi*, que investe em convencionalismos e discricionariedades⁶¹.

Incumbe ao hermeneuta, desconstruir, perquirir, desvelar as obviedades envoltas por teorias, teses, institutos, confeccionadas com precisão para ocultar os reais interesses a que se propõem, protegendo e fomentando os estamentos que estão arraigados à história brasileira, e que ainda no século XXI marcam presença no Poder Judiciário brasileiro.

7. CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se, que o ativismo judicial originário do direito norte-americano, constitui um fenômeno crescente, sendo amplamente perpetrado no Brasil pelos juízes e tribunais, o que tem gerado posicionamentos diversos sustentados pela doutrina e jurisprudência.

Os adeptos da doutrina da efetividade, como Luís Roberto Barroso, pugnam pela participação do Poder Judiciário na implementação dos direitos, a fim de que não se torne refém das omissões e abusos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Assim, a criação do direito pelos julgadores quando necessária revela à importância política do Poder Judiciário, sendo nodal a crescente simbologia que exerce hodiernamente em relação à sociedade e aos poderes constituídos.

Para os que repudiam o ativismo judicial, como Lenio Luiz Streck não existem fundamentos, para se permitir nessa quadra da história, o rechaço à lei maior, fomentado pelo governo dos juízes, deslocando o polo de tensão, para os integrantes do Poder Judiciário, quando da aplicação do direito.

Exsurge a necessidade de perquirir à fanal da hermenêutica, sobre a aplicação do direito, devendo o intérprete respeitar os limites semânticos do texto, deixar que o texto lhe diga algo, fazendo a *accountability*.

Somente pelo ciclo hermenêutico é possível verificar as singularidades advindas do caso concreto propiciando aquele que vai ao judiciário o alcance de uma resposta adequada à Constituição. Os diferentes aspectos e fundamentos sustentados pela doutrina e jurisprudência revelam as principais tensões e perspectivas que vem sendo detectadas cotidianamente. Não há mais espaço para rótulos e generalizações, urgindo ao operador do direito um cuidado minucioso no tocante a prática e as inevitáveis consequências do ativismo judicial.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3.ed.,p.307.

PRINCIPAL STRESS AND PROSPECTS OF JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT

This article aims to make a scientific analysis in an attempt of tensioning the judicial role and its effects, especially in terms of what has been practiced in Brazil. It will be shown that there is no consensus concerning the institute, according to teacher and expert, Luís Roberto Barroso, judicial activism emerges as a necessary mechanism in order to restrain abuses and omissions of the Legislative Branch and the Executive Branch. For the hermeneutist Lenio Luiz Streck, the aggrandizement of the Judiciary is considered lethal, defiling the achievement of those under jurisdiction to have an adequate response according to the Constitution of the Federative Republic of Brazil, compromising ethics and the right consistency. In this pitch, it will be necessary athwart bibliographic researches find out major doctrinal positions about the theme, as well as the positive and negative aspects of judicial activism, enabling an overview of its node voltages and perspectives.

KEYWORDS: Judicial Protagonism; Positive Aspects; Negative Aspects

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ACKERMAN, Bruce. *The failure of the fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em:<
http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>Acesso em
10/06/2014.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzioine e Le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott A. Giuffrè Editore 12.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP, 21:46-57.
- GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.



- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität um Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt AM Main: Suhrkamp, 1992.
- HOGG, Peter W., e BUSHELL, Alison. A.. *The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. *Osgoode Law Journal*, V, 35, nº 1.
- J.H. Meirelles Teixeira. *Curso de direito constitucional*. [S.I]. 1991.
- JUDICIAL ACTIVISM. *Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Disponível em: <[http://dictionary.reference.com/browse/judicial activism](http://dictionary.reference.com/browse/judicial+activism)>. Acesso em 10/06/2014.
- KMIEC, Keenan. *The origin and current meanings of "judicial activism"*. *California Law Review*, v. 92, 2004.
- KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- MARSHALL, William P. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em 15/06/2014.
- NOBRE, Marcos. *Indeterminação e estabilidade. Os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito*. In *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 82, 2008.
- ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism of democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 20/05/2014.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- _____. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. *Michigan Law Review*, Aug 2003, vol. 101, Issue 8, ABI/INFORM Global.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. VIEIRA, José Ribas. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:



<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em 19/06/2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Saídas Institucionais ou a Força do Processo Democrático na Prevalência da Constituição?* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1102.pdf>. Acesso em 25/08/2014.

VIANNA, Luiz Werneck. *O ativismo judicial mal compreendido*. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05. Disponível em:<<http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522.>Acesso em 26/08/2014.

VIANNA, Luiz Werneck. “*O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação*”, in R. G. Oliven *et alii* (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*, São Paulo: Hucitec/anpocs/Fundação Ford, 2008.

VIEIRA, José Ribas. JUDICIAL, Grupo do Ativismo. *Verso e Reverso: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 26/08/2014.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Nova York: Roman & Littlefield, 1994 apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.