

**A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TEMPOS  
DE CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO:  
UMA CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL\***

**THE ROLE OF THE JUDICIARY IN TIMES OF  
CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM:  
A CRITIQUE OF JUDICIAL ACTIVISM**

*Clarissa Tassinari\*\**

**RESUMO**

A atuação do Poder Judiciário tem sido foco de discussão em diversos países devido à sua expansão. No caso do Brasil, é possível afirmar que a forma de compreender o constitucionalismo oriundo do pós-Segunda Guerra Mundial foi determinante para a concepção de uma maior ou menor intervenção do Judiciário. Nesse sentido, o artigo pretende fazer uma relação entre o movimento que ficou conhecido como “neoconstitucionalismo” e o desenvolvimento de uma postura ativista do Judiciário brasileiro, demonstrando que a inexistência de uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política conduz a um imaginário caracterizado pela defesa de uma atividade judicial ilimitada, o que é perigoso para a democracia. Assim, o objetivo do texto é fazer uma crítica ao ativismo judicial (em grande parte impulsionado pela incorporação dos posicionamentos “neoconstitucionalistas”), sob a perspectiva da necessidade de se realizar um controle hermenêutico das decisões judiciais (Crítica Hermenêutica do Direito, elaborada por Lenio Streck).

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Judicialização da política. Crítica Hermenêutica do Direito.

**ABSTRACT**

The judicial power has been focus of discussion in several countries due to its expansion. In the case of Brazil, it's possible to say that the under-

---

\* Dedico este texto aos membros do grupo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos – Rio Grande do Sul), amigos queridos, cuja parceria, sob a orientação do Professor Lenio Luiz Streck, sempre incentivou minhas pesquisas e possibilitou o desenvolvimento deste e de tantos outros trabalhos. Rua João Pereira, 1105, Centro – São Sebastião do Caí, RS

\*\* Doutoranda em Direito Público pela Unisinos-RS. Bolsista CNPq-Brasil. Advogada (OAB/RS). Bacharel e Mestre em Direito pela Unisinos. Membro do Grupo “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (Unisinos). Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica” (CNPq). E-mail: clauisinos@gmail.com

standing constitutionalism way raised up after the Second World War was crucial to the design a bigger or smaller judicial intervention. In this sense, the article aims to make a connection between the movement that became known as “neoconstitutionalism” and the development of the Brazilian Judiciary activist approach, demonstrating that the differentiation lack between judicial activism and judicialization of politics leads to an imaginary characterized by the defense of an unlimited judicial activity, which is dangerous for democracy. Thus, the text aims to critique the judicial activism (which was largely driven by the incorporation of “neoconstitucionalists” placements), from the perspective of the need to make a hermeneutic control of judicial decision (Hermeneutic Criticism of Law, developed by Lenio Streck).

**Keywords:** Judicial Branch. Neoconstitucionalism. Judicial activism. Judicialization of politics. Hermeneutic Criticism of Law.

### COLOCANDO O PROBLEMA: O CRESCIMENTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

32 Qual o papel do Judiciário? Esta, dentre outras importantes questões a ela correlacionadas, tem instigado mundialmente a produção acadêmico-jurídica. Afinal, como compreender a atuação do Poder Judiciário a partir de uma concepção de constitucionalismo que tem como elemento base um aprofundamento democrático cada vez maior? Com esta pergunta, por óbvio, não se busca resgatar a contradição (ou a oposição) há algum tempo colocada e incitada entre democracia e Judiciário, mas provocar a reflexão sobre como entender a já reconhecida e legítima intervenção judiciária no interior de uma democracia substancial sem que haja prejuízos – em outras palavras, significa discutir limites à intervenção do Judiciário.

A função jurisdicional e sua limitação (especialmente em relação ao exercício do controle de constitucionalidade) já vêm sendo problematizadas ao longo dos anos, tanto na experiência continental, como na anglo-saxã, antes mesmo de no Brasil.<sup>1</sup> Isso ocorreu, evidentemente, por razões históricas, tendo em vista que a existência de um efetivo controle de constitucionalidade no direito brasileiro somente se consolidou depois do período ditatorial, com a redemocratização (na década de 1980)<sup>2</sup>, quando Europa, e especialmente os Estados Unidos,

<sup>1</sup> Veja-se que, por exemplo, a tradição norte-americana produziu literatura sobre o tema anos antes do que o Brasil, basta que se observem os anos de publicação das obras de John Hart Ely (*Democracy and distrust*, 1980), de Charles Beard (*The Supreme Court and the Constitution*, 1912, na versão sem a introdução de Alan Westin, edição de 1962), de Alexander Bickel (*The Last Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962), de Raoul Berger (*Government by Judiciary*, 1977) e de Laurence Tribe (*Constitutional Choices*, 1986), para mencionar apenas alguns. Ainda, a própria obra *Direito e Democracia*, de Jürgen Habermas, criticando a jurisprudência dos valores, é datada de 1992.

<sup>2</sup> Como refere Leonel Severo Rocha, durante o período ditatorial, havia um Direito Constitucional não constitucional, na medida em que as Constituições do período tornaram-se mera

### A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

apresentava certa maturidade democrática e constitucional, que impulsionava intensos debates entre Parlamento e Judiciário. Apesar desta ser uma discussão problematizada há algum tempo, tal abordagem tem se renovado mesmo nesses locais e, portanto, se revelado cada vez mais pertinente, não apenas porque as diferentes tradições têm procurado analisar a onda crescente de judicialização que afeta seu próprio sistema jurídico, mas também porque a América Latina (que faz parte das assim chamadas “novas democracias”, junto com a África, o Canadá e a Nova Zelândia, para referenciar os mais mencionados) tem sido objeto de estudo de autores nos Estados Unidos e no Canadá especialmente no que diz respeito ao modo de articular a relação democracia e Judiciário.<sup>3</sup>

De fato, o direito constitucional brasileiro contemporâneo traz como uma de suas principais características a relevância atribuída ao Poder Judiciário. Cada vez mais, questões que anteriormente eram demandas políticas transformam-se em contendas judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política. Na medida em que aumenta a interferência judicial, maior também deveria ser o comprometimento de juízes e tribunais em respeitar a tradição jurídica (legislação, Constituições e entendimentos jurisprudenciais anteriores) que, ao longo dos anos, possibilitou conquistas importantes.

Apesar disso, contrapondo-se à ideia de responsabilidade política (Dworkin) e aproveitando-se dessa tendência judicializante, o Judiciário vem afirmando sua supremacia, que acaba entrando em choque com a ideia de supremacia constitucional. A exemplo do que foi referido, tem-se o voto proferido pelo Ministro Teori Zavaski, no qual afirma que “a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é”.<sup>4</sup> Com esse pronunciamento, ficam demonstrados os contornos que a atividade jurisdicional vem ganhando, assumindo ares de um pragmatismo que acaba atribuindo poderes ilimitados aos juízes e tribunais.

O pronunciamento do Ministro Teori Zavaski possui um valor simbólico que permite afirmar que a questão atinente aos poderes do Judiciário no Brasil necessita de maior problematização. E isso se dá por, no mínimo, dois motivos: seja porque tais poderes carecem de limitação, na medida em que decisões judiciais têm sido utilizadas como critério de validade do Direito; seja porque não

---

retórica, porque conviviam com os Atos Institucionais, que se sobrepunham a elas. Assim, a constitucionalidade das leis, como princípio jurídico, foi colocada em xeque, pois o autoritarismo caracterizou um cenário marcado pela politização do Direito. ROCHA, Leonel Severo. A especificidade simbólica do direito pós-revolução de 1964. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 82.

<sup>3</sup> É caso de Ran Hirschl (cujo tema de sua obra, *Towards Juristocracy*, é exatamente este), de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (que dedicam uma seção de seu livro, *The Global Expansion of Judicial Power*, para tal temática) e de alguns textos de Martin Shapiro (*The success of judicial review: the United States' experience*, por exemplo).

<sup>4</sup> Sobre o tema, ver a coluna de Lenio Streck, na ConJur: O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>

há uma preocupação por parte do Judiciário no modo de fundamentar/legitimar suas decisões, transportando posicionamentos teóricos de um país para outro sem qualquer filtragem ou contextualização.

Considerando o panorama apresentado, o objetivo deste artigo é problematizar a atuação do Judiciário em três tempos:

- *Primeiro*, por meio do estabelecimento de uma relação entre o modo de compreender o constitucionalismo do segundo pós-guerra e a proliferação de um comportamento ativista do Judiciário (ou da defesa por parcela da doutrina). Nessa linha, será possível observar que o desenvolvimento das teses neoconstitucionalistas acabou gerando um imaginário favorável ao ativismo, a partir da ideia de “reformulação” do papel do Judiciário tendo o elemento discricionário como seu núcleo fundamental;
- *Segundo*, por meio da apresentação de apontamentos para a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, buscando revelar que a ausência de critérios distintivos conduz à formação da ideia de supremacia judicial, em contraposição à de supremacia constitucional;
- *Terceiro*, pela via de uma crítica hermenêutica ao ativismo, na linha do que propõe Lenio Streck, explicando os perigos democráticos da existência de um Judiciário ativista e por que ele é incompatível com o Constitucionalismo Contemporâneo.

### **O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: O SURGIMENTO DO(S) “NEOCONSTITUCIONALISMO(S)”**

A tradição jurídica é marcada por dois paradigmas: na Idade Média, o jusnaturalismo e, na modernidade, o positivismo jurídico.<sup>5</sup> Para o positivismo kelseniano (normativista), um dos mais influentes na formação do pensamento jurídico contemporâneo, a aplicação do direito ocorria através de um ato de vontade de quem julgava. Para Hart, outro dos positivistas mais conhecidos e reconhecidos, a decisão nos casos considerados difíceis se dava por uma escolha do aplicador/intérprete.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Sobre este tema, a obra de Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer apresenta uma detalhada abordagem das propostas teóricas que, ao longo da história, procuraram dar fundamento ao fenômeno jurídico (*Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002). Ainda no que diz respeito à visão contemporânea sobre o conceito de Direito, ver o verbete “Direito” no *Dicionário de Filosofia Política*, em que o autor estabelece precisamente o jusnaturalismo e o positivismo como os dois principais paradigmas jurídicos (STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 145-150).

<sup>6</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009. p. 265 e ss.

### A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

Em uma pretensa superação desses dois modelos de positivismo, a partir de uma leitura equivocada que confunde o positivismo normativista com o legalista<sup>7</sup>, as teses pós-positivistas marcam o período pós-moderno e sustentam a discricionariedade judicial (elasticidade/abertura interpretativa) como um elemento caracterizador deste novo perfil da jurisdição, que se consolida a partir do segundo pós-guerra.<sup>8</sup> Mesmo as propostas neoconstitucionalistas, oriundas do movimento que vem sendo chamado de pós-positivismo, ainda que afirmando a noção de constitucionalismo forte, acabam apostando na discricionariedade. O resultado disso é afirmação, cada vez maior, de uma supremacia jurisdicional.

O que precisa ficar claro é que o final da Segunda Guerra Mundial despertou a comunidade jurídica para repensar o constitucionalismo, especialmente na Europa. As diversas Constituições existentes apresentavam insuficiências e encontravam entraves à sua aplicação, devido a um imaginário pautado por uma supremacia legislativa, que era identificada com o positivismo. Ou seja, o movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária “reformulação” do constitucionalismo que objetivava romper com este cenário caracterizado por um “constitucionalismo fraco”, afirmando a importância da Constituição, em uma pretensa ruptura com o pensamento positivista.

Nesse sentido, ao colocar a Constituição no centro do debate jurídico, reforçando o papel do direito constitucional, o neoconstitucionalismo trouxe importantes contributos para repensar o constitucionalismo, proporcionando significativos e inegáveis avanços. Contudo, ao lado disso e em contraposição, preponderantemente foi destinada ao Judiciário a tarefa de realização desse projeto constitucional, trazendo como uma das principais características deste novo constitucionalismo a discricionariedade judicial. Ou seja, a “revolução do novo constitucionalismo” se daria via Poder Judicial.

É possível afirmar, por certo, que, no seio do que ficou conhecido como neoconstitucionalismo, apareceram diversos autores, com os mais diferentes posicionamentos sobre o tema. Embora sob o nome “neoconstitucionalismo” os juristas tematizem assuntos diferentes ou, sob um mesmo enfoque, apresentem posicionamentos conflitantes e especificidades teóricas, pode-se identificar um

<sup>7</sup> A confusão entre estes dois tipos de positivismo foi enfrentada por Lenio Streck, no artigo *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

<sup>8</sup> A obra de Carlos María Cárcova apresenta, desde sua introdução, as teorias pós-positivistas como aquelas que surgiram a partir dos anos 1970, objetivando uma ruptura com o jusnaturalismo e com o positivismo, sob as mais diversas perspectivas. Nesse sentido, traz como elemento central a configuração de uma nova hermenêutica, forjada no interior da viragem linguística, que possibilitaria um novo modo de conceber a interpretação jurídica. CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

núcleo comum a todas essas novas teorias. Sem dúvida alguma, no paradigma jurídico contemporâneo, esse núcleo comum traz a marca do trinômio moral-princípios-discrecionalidade.

Apenas para ilustrar o que foi referido acima, veja-se, por exemplo, o posicionamento de Susanna Pozzolo a respeito da questão da moral. Para essa autora, a Constituição, axiologicamente concebida, retoma a ligação entre direito e moral, o que conduz a uma interpretação do direito vinculada a valorações éticas. Como consequência, a interpretação moral da Constituição possui uma dupla face: ao mesmo tempo em que concretiza a justiça substancial – e, nesse ponto, o posicionamento da autora avança –, “vuelve al derecho incierto” por meio da “elección de los valores que se creen prevalentes”. Assim, dando continuidade, apesar de alertar para o perigo da formação de um “governo de juízes”, Pozzolo entende a leitura moral da Constituição como equivalente à realização de uma “reflexão moral individual” do julgador no processo decisório.<sup>9</sup>

36

Ou seja, pelo que foi exposto por Susanna Pozzolo, a incorporação da moral ao direito produz uma elasticidade interpretativa, que, ao fim, acaba se traduzindo em discrecionalidade judicial, operada por meio da eleição de valores na aplicação do direito. Para Prieto Sanchís, em relação aos princípios, a situação não é diferente: para esse autor, a diferença entre a interpretação da Constituição e a de uma lei é quantitativa, porque, considerando que a Constituição é formada por princípios, eles aumentam (numericamente, então) as possibilidades interpretativas, ou seja, as zonas de penumbra. Isso porque, para Sanchís, os princípios: a) possuem elasticidade interpretativa; b) quando não positivados no texto constitucional, “aparecen como estándares débiles o simples razones para decidir”; e c) são aplicados com a ajuda de critérios – por ele chamados de “valores” – extrajurídicos.<sup>10</sup>

Paolo Comanducci, por sua vez, ainda sobre a questão dos princípios, diz que as Constituições do novo constitucionalismo tendem a “potenciar políticamente a los jueces”. No seu entendimento, a positivação de princípios e sua aplicação na resolução de casos mediante a ponderação, sem que haja a fixação de hierarquia entre eles, gera “la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en colegisladores sino incluso [...] coautores de la misma Constitución”.<sup>11</sup> Ou seja, para esse

<sup>9</sup> POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, n. 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II\\_25.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf)>.

<sup>10</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, p. 175-198, 1991. Disponível em: <[HTTP://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_09\\_173.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf)>.

<sup>11</sup> COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución. Trad. Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 41-67.

### A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

autor, assim como para Pietro Sanchís, são os princípios constitucionais que abrem espaço para o livre-arbítrio do julgador, a ponto de torná-lo constituinte.<sup>12</sup>

Ao fim, para mais uma vez demonstrar o quanto o tema da discricionariedade judicial está presente na nova tendência, é importante trazer o posicionamento de Gustavo Zagrebelsky. Para o jurista italiano, sua ideia de Constituição viva – de uma Constituição cuja atualização não depende de reformas, mas de uma contextualização – está vinculada à discricionariedade. Isso porque, em sua concepção, o poder discricionário dos juízes é inevitável ou, nas palavras do próprio autor, “irremontable”.<sup>13</sup>

Sobre os posicionamentos acima expostos, de Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Paolo Comanducci e Gustavo Zagrebelsky, é necessário que sejam feitas pelos menos três observações. Primeira, que eles demonstram o quanto, no interior do que entendem por neoconstitucionalismo, o tema da moral e, principalmente, dos princípios, está interligado com a discricionariedade decisória – são, inclusive, os motivos pelos quais é possível se afirmar uma elasticidade interpretativa que conduz a uma questão de discricionariedade, eleição, escolha. Segunda, que essas posturas estão inseridas no contexto da construção de um novo paradigma, ou seja, a incorporação de princípios e da moral ao Direito e o reconhecimento da discricionariedade dos juízes são concebidos como elementos de progresso para a teoria do Direito, contribuindo para a inauguração de uma nova tradição no constitucionalismo. Terceira, que eles são representantes de uma vasta doutrina que influenciou diretamente o sistema jurídico brasileiro.

Como afirma Miguel Carbonell, o novo constitucionalismo, que marca o surgimento do que se passou a chamar de Estado Constitucional de Direito, não se restringe tão somente à proliferação dos textos constitucionais promulgados a partir da segunda metade do século XX ou, como resultado disso, não se limita à existência de uma postura jurisprudencial diferenciada (agora voltada à concretização de direitos fundamentais), mas agrega a esses dois níveis a necessidade de uma nova teoria da Constituição, isto é, de uma proposta teórica inovadora, que esteja adequada (e atenta) às transformações ocorridas no constitu-

<sup>12</sup> Não se pode deixar de mencionar que Comanducci faz muito mais um alerta quanto ao perigo da ponderação e do conseqüente convite à discricionariedade do que propriamente uma defesa do decisionismo na esfera judicial. Evidentemente, é mais do que importante e bem colocada a observação do autor quanto aos riscos de se ponderar (e disso não se pode discordar). Contudo, as afirmações feitas por ele são bastante questionáveis, pois têm como ponto de partida: a) que os princípios necessariamente exigem ponderação; b) que os princípios autorizam a discricionariedade; c) que a solução – desastrosa, diga-se de passagem – para isso seria criar uma metodologia aplicativa dos princípios com base em uma hierarquia.

<sup>13</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Trad. Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 16.

cionalismo.<sup>14</sup> Nesse último ponto surgem, desse modo, as divergências teóricas entre os diversos autores que se debruçaram sobre o tema. Contudo, em que pese haja uma multiplicidade de posicionamentos, é possível identificar um núcleo comum a essas teses neoconstitucionalistas, que podem ser assim caracterizadas: *a)* todas elas pretendem-se pós-positivistas – isto é, surgem visando a contrapor o positivismo; *b)* em sua maioria, resgatam o papel dos princípios na interpretação do Direito<sup>15</sup>; *c)* reconciliam Direito e Moral; e, por fim, a pretexto disso, *d)* afirmam o protagonismo judicial (ou o papel acentuado da jurisdição, com um aumento das faculdades interpretativas do julgador), a partir da defesa da discricionariedade judicial (ou elasticidade interpretativa).<sup>16</sup>

A identificação do neoconstitucionalismo com esses elementos acabou conduzindo a uma concepção de constitucionalismo que, especialmente no Brasil, gerou a defesa do ativismo judicial. Ou seja, a transformação do perfil da jurisdição, como responsável também pela concretização de direitos constitucionalmente assegurados, acabou sendo levada a extremos, a ponto de conceder espaço para uma atuação jurisdicional para além dos limites definidos pela Constituição e pela legislação democraticamente produzida.

É por esse motivo que Lenio Streck passou a nomear o constitucionalismo do segundo pós-guerra de modo diferenciado: “Constitucionalismo Contemporâneo”. A utilização dessa expressão pelo autor objetiva realizar dois enfrentamentos: por um lado, refutar o(s) neoconstitucionalismo(s) (especialmente surgidos no âmbito do constitucionalismo espanhol); e, por outro, buscar a superação do positivismo jurídico. Trata-se, portanto, de uma nomenclatura que passou a ser utilizada a partir da quarta edição da obra “Verdade e Consenso” (em 2011), em substituição à terminologia anteriormente empregada para tratar do constitucionalismo insurgente do segundo pós-guerra (neoconstitucionalismo), consti-

<sup>14</sup> CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12

<sup>15</sup> Uma leitura adequada sobre o papel dos princípios pode ser lida na obra de Rafael Tomaz de Oliveira: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>16</sup> No posfácio da obra *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, escrita por Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos Duarte, Lenio Streck faz uma análise crítica das propriedades que caracterizam este fenômeno, espécie de “planta do neoconstitucionalismo”, assinada por diversos autores (Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini), que inclui: a) pragmatismo; b) ecletismo (sincretismo) metodológico; c) principialismo; d) estatalismo garantista; e) judicialismo ético-jurídico; f) interpretativismo moral-constitucional; g) pós-positivismo; h) juízo de ponderação; i) especificidade interpretativa; j) ampliação do conteúdo da *Grundnorm*; e k) conceito não positivista de direito. Ver: STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as facas da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.



### A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

tuindo, portanto, um modo específico de abordagem, que, em linhas gerais, se opõe ao estabelecimento de uma *relação de causalidade* existente no *trinômio moral-princípios-discricionariedade*, própria das posturas neoconstitucionalistas, porque favorecem o ativismo judicial.<sup>17</sup>

### JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: APONTAMENTOS PARA UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO<sup>18</sup>

É evidente que o novo modo de pensar o constitucionalismo a partir do século XX modificou a atuação do Poder Judiciário. Por muito tempo, havia, no âmbito das funções jurisdicionais, uma resistência à aplicação da Constituição, tornando a decisão judicial uma atividade mecânica, de pretensa reprodução legislativa. Esse imaginário se transformou no Brasil a partir da Constituição de 1988, que potencializou o papel do Judiciário, ao reforçar o compromisso do Direito com o cumprimento do que estava previsto no texto constitucional. Ou seja, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.<sup>19</sup>

Ocorre que essa maior participação do Judiciário resultou confundida com uma atividade ilimitada. Em outras palavras, se a partir do Constitucionalismo Contemporâneo duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional (judicialização política e ativismo judicial), um dos problemas que surge é a inexistência de uma diferenciação. Em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afeta as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.<sup>20</sup>

39

<sup>17</sup> Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, em especial, p. 35-38.

<sup>18</sup> Esta diferenciação é aprofundada no livro publicado recentemente, no qual também é feita uma aproximação do ativismo com a doutrina norte-americana. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>19</sup> De acordo com Lenio Streck: “Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit. p. 190.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 51-56; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, op. cit., p. 31.

Clarissa Tassinari

Nesse sentido, propõe-se a distinção a partir do que é colocado por Lenio Streck sobre o tema. Para o autor, a judicialização é um fenômeno contingencial, inerente ao contexto sociopolítico brasileiro; o ativismo, por sua vez, configura um desvirtuamento na atuação do Judiciário, que passa a atuar extrapolando suas funções. Como afirma Streck:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado ( pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...].<sup>21</sup>

Aprofundando a temática, a judicialização da política deve ser compreendida como um fenômeno *circunstancial*, porque decorrente de um contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, ao mesmo tempo, *contingencial*, no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado<sup>22</sup>, apresentando-se, portanto, muito mais como fruto de uma conjuntura político-social.

40

Nesse sentido, Vanice Regina Lírio do Valle acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.<sup>23</sup> Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados.

É possível, portanto, identificar o fenômeno da judicialização da política como decorrente de alguns fatores: *a)* do dirigismo constitucional; *b)* do surgimento dos Tribunais Constitucionais na Europa; *c)* do aumento da litigiosidade; *d)* do crescimento do acesso à justiça; *e)* da crise da democracia. Nesse sentido,

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 589, nota de rodapé 123.

<sup>22</sup> Como refere Bolzan de Moraes, a insatisfação popular, causada pela ausência do cumprimento (especialmente pelo Executivo) das promessas insculpidas no texto constitucional, produz um apelo à jurisdição, que acaba por assumir ares de “sacralização”. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60-61.

<sup>23</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

### A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

consegue-se identificar que a excessiva judicialização que assola as democracias modernas pode ser observada por um duplo viés: social e político. Ou seja, ela emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação desses mesmos direitos fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente.

O ativismo judicial, por outro lado, é gestado exclusivamente pela sistemática jurídica, referindo-se a um problema propriamente do Direito, na medida em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento. Essa leitura pode ser feita a partir da obra Antoine Garapon, que considera o ativismo uma questão de obediência a desejos<sup>24</sup>, e de Christopher Wolfe, para quem a fase ativista do Judiciário norte-americano caracteriza-se por decisões judiciais que não consistem em julgamentos, mas vontades<sup>25</sup>.

Com isso, tem-se que a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Dá-se um passo, portanto, que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável (o que não significa dispensar uma crítica voltada à análise e ao questionamento da atuação do Legislativo e do Executivo).

Por tudo isso, o ativismo judicial revela-se um problema *criado pelo Direito* (mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga.

Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente, de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou

<sup>24</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 54.

<sup>25</sup> WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 4-5.

Clarissa Tassinari

correto) sentido para a interpretação? Definitivamente, nos filiamos à segunda possibilidade de retratação teórica do problema, o que ficará claro no decorrer das exposições.

## **BALANÇO FINAL: O ENFRENTAMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL POR UM CONTROLE HERMENÊUTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

O caminho percorrido até o momento aponta para a compreensão de que o perfil do Judiciário e o modo de pensar o modelo de constitucionalismo estão profundamente imbricados. É por esse motivo que é possível afirmar que as teses neoconstitucionalistas – e seus reflexos no Brasil – acabaram impulsionando a defesa do ativismo judicial. Por outro lado, talvez o problema resida justamente na ausência de delimitar as diferenças existentes entre judicialização da política e ativismo judicial, ou seja, não é equivocado afirmar que, no atual contexto político-social, o Judiciário apresenta-se como mais atuante (a partir da distinção apresentada acima, é possível notar que essa passa a ser, inclusive, uma demanda da sociedade). O equívoco está em, a partir disso, autorizar-se que o Judiciário passe a fazer política a partir de posicionamentos isolados (vontades), como se os membros que o compõem fossem representantes autênticos da democracia, que, por suas decisões, revisam legislações e até mesmo o texto constitucional.

42

Nesse sentido, se o constitucionalismo democrático aponta para um aumento da atividade jurisdicional, que passa a executar, na inércia dos demais Poderes, os mandamentos constitucionais, é preciso lembrar também que na ideia de constitucionalismo não está apenas incluído o papel de garantia, mas também a noção de controle, de limite ao poder.<sup>26</sup> A partir disso, é preciso problematizar e

---

<sup>26</sup> A noção de constitucionalismo possui as mais variadas acepções, dentre elas: a) conjunto de mecanismos normativos e institucionais de um sistema jurídico-político que organiza os poderes do Estado e protege os direitos fundamentais dos cidadãos (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003); b) tipo ideal para refletir sobre a realidade histórica de uma nação e trazer à luz elementos da experiência política, mormente aqueles ligados à consagração de instrumentos e técnicas de limitação do exercício do poder político (Nicola Matteucci: “[...] con ‘constitucionalismo’ se indica no tanto um período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un ‘tipo ideal’ para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política [...]”. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editora Trotta, 1988. p. 23.); c) oposição a governo (essa ideia de constitucionalismo está vinculada à distinção existente entre direito – império das leis – e poder – governo dos homens. No fundo, o que se apresenta aqui é o constitucionalismo como um movimento político-ideológico que procura criar mecanismos para limitação do exercício do poder político. Limitação essa que se caracteriza e se define na ideia de *império da lei*, em contraposição a uma vontade política soberana daquele que exerce o poder político. Sobre o tema, ver: MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto (Org.) et al. *Diccionario de política*. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. p. 256.).

### A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

questionar a noção de “supremacia judicial”, que se apresenta em concorrência com a ideia de “supremacia constitucional”. Para isso, é necessário observar e avaliar, com base em parâmetros jurídicos, o modo como o Judiciário brasileiro se comporta na solução das contendas e o que é construído teoricamente a partir disso.

A ideia de limitação do Poder Judicial, a partir da refutação da discricionariedade judicial, está pautada na defesa da responsabilidade política dos juízes, tese desenvolvida por Ronald Dworkin. Trata-se da noção de que, no exercício da atividade jurisdicional, os intérpretes devem estar condicionados a um todo coerente e integrado, que é o Direito. Isso vai refletir na busca pela melhor justificação das práticas jurídicas, que se dá a partir da noção de sociedade como comunidade de princípios. Assim, a ideia de integridade perpassa uma noção de resgate principiológico da história institucional do Direito (de sua moralidade política), que condiciona o intérprete.<sup>27</sup>

Para tratar dessa busca pelo melhor sentido que se pode extrair do direito, Dworkin utiliza o exemplo da obra de arte, o que constitui sua tese da hipótese estética.<sup>28</sup> Como afirma Stephen Guest, na introdução de sua obra que trata exclusivamente da proposta de Dworkin, para o jurista norte-americano,

[...] as controvérsias que podem surgir quando interpretamos um empreendimento artístico são inevitáveis e raramente encontramos um consenso em torno de qual delas seria a melhor interpretação. Isto, contudo, não equivale a afirmar que todas possíveis interpretações são igualmente boas ou válidas.<sup>29</sup>

Assim ocorre com o Direito: é preciso que se concentrem esforços para encontrar a melhor interpretação judicial, que é aquela que melhor reflita os parâmetros constitucionais. Isso tudo pode ser conectado a uma diferenciação que Lenio Streck faz, no interior de sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, entre *decisão* e *escolha*. O posicionamento do autor é no sentido de que, diante de um

<sup>27</sup> Como afirma Francisco José Borges Motta, a noção de integridade do direito “(...) supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Trata-se de compreender o Direito como ‘totalidade’ – ou como ‘completeza’ –, sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 103-104.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 149. “My apparently ba suggestion (which I shall call the ‘aesthetic hypothesis’) is this: an interpretation of a piece of literature attempts to show which way of reading (or speaking or directing or acting) detects reveals it as the best work of art”.

<sup>29</sup> GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

caso concreto, o juiz/intérprete/aplicador não está constitucionalmente autorizado a apresentar a solução realizando uma escolha dentre as várias fundamentações consideradas possíveis, dando espaço para manifestação de sua subjetividade, que afasta o argumento jurídico como critério último para resolver um conflito judicial.

Isso porque, segundo Streck, o ato de escolher pressupõe um processo de eleição que obedece a critérios subjetivos, e, assim sendo, é meramente circunstancial (evadido de pragmatismo<sup>30</sup>), na medida em que não vincula o julgador de maneira alguma: nem em relação ao que foi decidido anteriormente (à tradição jurídica), tampouco no que diz respeito aos seus efeitos para decisões futuras. Ou seja, é, na verdade, um ato discricionário, sendo essa a expressão técnica que o Direito utiliza para tratar de escolhas.

44

Continuando na linha do que foi desenvolvido por Streck, em contraposição ao ato de escolher, a decisão pressupõe um compromisso. Em outras palavras, quando um juiz decide, há uma exigência (constitucional) de comprometimento com o passado, mas também com o futuro.<sup>31</sup> Trata-se de perceber que o Direito possui uma historicidade, uma tradição, construída intersubjetivamente,<sup>32</sup> e que uma escolha, evadida de solipsismo, desconstrói todo esse caldo de cultura historicamente condicionado. Isso é fundamental, especialmente considerando a noção de integridade do direito, reforçada por Streck, a partir de Dworkin: quando um pronunciamento jurisdicional revela uma escolha, então, resta subjugada a ideia de Direito como um todo coeso e integrado.<sup>33</sup>

Para Roberto Gagarella, jurista argentino, o problema sobre a atuação do Judiciário gira em torno do fato de que as Cortes possuem a palavra final, e não

<sup>30</sup> Segundo José Eisenberg, uma postura pragmatista é aquela que não confere “autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas, na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o proviso ‘exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário’”. EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 656-657.

<sup>31</sup> Esta noção é retirada da obra de Dworkin, quando trata da integridade do direito: “Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretative judgments and therefore combine backward – and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practices seen as an unfolding political narrative. DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 225.

<sup>32</sup> As concepções de historicidade, tradição e intersubjetividade são retiradas da obra de Hans-Georg Gadamer (*Verdade e Método*), que desenvolve sua hermenêutica filosófica a partir da filosofia hermenêutica elaborada por Martin Heidegger.

<sup>33</sup> Toda a construção aqui realizada foi retirada da obra de Lenio Streck: *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 107-8.

## A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo

da caracterização de uma dependência política dos julgadores (como se afirma ocorrer ou ter ocorrido na América Latina, por exemplo), embora ele considere essa questão relevante também. Na verdade, sua crítica vai na direção da crença de que esse Poder é a instituição que possui a autoridade interpretativa de dizer o que a Constituição de determinado país significa. Assim, ele acaba destacando que a ausência de autoridade dos cidadãos e dos outros braços políticos, repercutindo na caracterização de um superpoder discricionário, pode fragilizar a democracia.<sup>34</sup> Se há problemas na relação entre os Poderes, estes não podem ser resolvidos à margem do pressuposto democrático.

### REFERÊNCIAS

- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución. Trad. Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 41-67.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Law's empire*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 656-657.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GARGARELLA, Roberto. *In search of a democratic justice: what courts should not do*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Editors). *Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies*. London/Portland: Frank Cass, 2004.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>34</sup> GARGARELLA, Roberto. In: *search of a democratic justice: what courts should not do*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Editors). *Democratization and the judiciary: the accountability functions of courts in new democracies*. London/Portland: Frank Cass, 2004. p. 132-143.

Clarissa Tassinari

- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editora Trotta, 1988.
- \_\_\_\_\_. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto (Org.) et al. *Diccionario de política*. 5. ed. UnB, 2000.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, jul/dez. 2003.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II\\_25.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf)>.
- ROCHA, Leonel Severo. A especificidade simbólica do direito pós-revolução de 1964. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 77-87.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, p. 175-198, 1991. Disponível em: <[HTTP://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_09\\_173.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf)>.
- STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). *Diccionario de filosofía política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 145-150.
- \_\_\_\_\_. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>
- \_\_\_\_\_. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Trad. Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

46

Artigo de autor convidado

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012