

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Apontamentos para um debate  
sobre o ativismo judicial**

**Notes for a debate regarding  
judicial activism**

Inocêncio Mártires Coelho

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
<b>O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>116</b>
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
<b>A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....</b>	<b>135</b>
Thiago Aguiar Pádua	
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>170</b>
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvio Dagoberto Orsatto

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310**

Urá Lobato Martins

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

<b>A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....</b>	<b>362</b>
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	<b>375</b>
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
<b>TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>392</b>
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
<b>O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>410</b>
André Pires Gontijo	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....</b>	<b>425</b>
Giovana Maria Frisso	
<b>GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>438</b>
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ....</b>	<b>440</b>
Luís Inácio Lucena Adams	
<b>A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>452</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
<b>ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>480</b>
Ivo Teixeira Gico Jr.	
<b>A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....</b>	<b>501</b>
Aléssia de Barros Chevitarese	
<b>PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>519</b>
Leonardo Zehuri Tovar	
<b>POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....</b>	<b>538</b>
Saul Tourinho Leal	

<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS .....</b>	<b>553</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES .....</b>	<b>588</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
<b>A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....</b>	<b>606</b>
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
<b>O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>622</b>
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>637</b>
Envio dos trabalhos.....	639

# Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial\*

## Notes for a debate regarding judicial activism

Inocência Mártires Coelho\*\*

### RESUMO

Artigo que trata dos apontamentos críticos do ativismo judicial. O ponto de partida destas anotações há de ser o prévio esclarecimento de o que se entende por ativismo judicial e criação judicial do direito, dois conceitos que, pela sua proximidade, dão lugar a desentendimentos e controvérsias. O ativismo judicial apresenta-se na literatura como uma suposta invasão de competência própria do Poder Legislativo, mas que essa suposta usurpação de poder se mostra indispensável para realizar a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador. Quanto à criação do direito pelo juiz, o essencial não é saber se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinar de que maneira e em que limites se dará essa inevitável e necessária colaboração, pois toda lei precisa de consistência judicial. Como conclusão, reconhece-se que o juiz tem sido a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, de modo que o chamado ativismo judicial não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a imemorial criação judicial do direito.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Criação judicial do direito. Apontamentos críticos.

### ABSTRACT

Article about the critical notes of judicial activism. The starting point of these notes is to be the prior clarification of what is meant by judicial activism and judicial creation of law, two concepts which, by their proximity, giving rise to misunderstandings and controversies. Judicial activism is presented in the literature as an alleged invasion of the jurisdiction of the Legislature, but that this alleged usurpation of power is indispensable to accomplish the Constitution and make effective the fundamental rights against possible aggression by the legislature. Regarding the creation of law by the judge, the point is not whether it can or should take active and autonomous role in drafting the law, but to determine how and to what limits will be made this inevitable and necessary collaboration, because every law needs judicial consistency. As a conclusion, it is recognized that the judge has been the lifeblood of legal progress, the laborious architect of the new law against outdated formulas of traditional law, so-called judicial activism is

\* Artigo convidado

\*\* Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e de Doutorado do Centro Universitário de Brasília — UniCEUB; Professor Titular (Aposentado) da Universidade de Brasília; Subprocurador-Geral da República (Aposentado); ex-Procurador-Geral da República. E-mail: inocenciocoelho@gmail.com

just a new expression with which you want to rename uncritically, the immemorial judicial creation of law.

**Keywords:** Judicial Activism. Judicial Creation of Law. Critical Notes.

## 1. INTRODUÇÃO

Assumindo-se que a *gramática do tema é a higiene da controvérsia*, o ponto de partida dessas anotações há de ser o prévio esclarecimento de o que se entende por *ativismo judicial* e *criação judicial do direito*, dois conceitos que, pela sua proximidade, dão lugar a desentendimentos e controvérsias.<sup>1</sup>

O mesmo se verifica com os conceitos afins de *criação* e de *interpretação do direito*, os quais — aparentemente contrapostos — a rigor se implicam mutuamente, pois sem a atividade hermenêutica não é possível aplicarem-se os enunciados normativos, abstratos e gerais, às situações da vida, singulares e concretas, com que se defrontam os operadores do direito, em geral.<sup>2</sup>

Se tivermos presente, por outro lado, o fenômeno contemporâneo do avanço das leis sobre os chamados “espaços livres do direito”, numa “hipertrofia legislativa” que se reflete negativamente sobre a própria segurança jurídica, veremos que mais e mais se incrementa essa inevitável atividade hermenêutica, que anda como que a reboque das “multidões de leis” e dos “furacões normativos”, que a todo instante se abatem sobre nós, por obra e graça desses afoitos “legisladores motorizados”, que de tanto legislar acabam provocando o que se convencionou chamar de *hipostenia legislativa*, ou seja, o enfraquecimento da clássica *força de lei*, tão cara ao Estado de Direito.<sup>3</sup>

Independentemente desses fatores conjunturais, num plano mais sofisticado, de nítida extração filosófica, Reale proclama a existência de uma essencial correlação entre ato normativo e ato interpretativo, elementos que se co-implicam e se integram e que só podem ser separados por abstração, para atender a exigências da pesquisa analítica.<sup>4</sup>

## 2. CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL E DE CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Pois bem, a fim de explicitar o conceito de *ativismo judicial* para os fins deste debate, nos valem, basicamente, de dois recentes estudos publicados no Brasil sobre o tema: *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, a erudita tese com a qual o jurista Elival da Silva Ramos ascendeu ao cargo de professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e que vem de ser publicada pela Editora Saraiva; e *Ativismo ou Alivex? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*, dissertação de alta qualidade

1 Letamendi, in Julio Otero y Valentin. *Etiologia jurídica*. Madrid: Aguilar, p. 23.

2 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1, p. 613; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: p. 464-466. v. 2: “Parece coisa própria de profanos imaginar a aplicação da lei a um caso concreto como processo lógico de subsunção do particular sob o geral; [...] a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, que cada caso particular suscita, é essencialmente insuperável; [...] o notável nesta questão é que a tarefa hermenêutica de superar a distância entre a lei e o caso se coloca mesmo quando nenhuma mudança das relações sociais ou quaisquer outras alterações históricas façam com que o direito vigente pareça ultrapassado ou inadequado.”

3 Para uma visão geral desse problema, ver, entre outros, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 429; PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993. p. 80; PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 13-15; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 39; MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 186; SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 27.

4 REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 247; REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 77 e nota 5.

com a qual o jovem constitucionalista Saul Tourinho Leal obteve o grau de Mestre em Direito, no Instituto Brasiliense de Direito Público, e que vem ser publicada pela Editora Fórum.

No que se refere à *criação judicial do direito*, tomamos como referência, essencialmente, três estudos tornados clássicos acerca do tema: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, do espanhol José Puig Brutau; *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, do francês Sadok Belaïd, e, por fim, a obra *Juizes legisladores?*, do italiano Mauro Cappelletti, mas advertidos, desde logo, pelo mestre argentino Genaro Carrió, de que em torno da expressão “os juizes criam direito” existe uma polêmica que parece interminável, não se sabendo ao certo se essa briga é apenas uma questão de fato, um desencontro puramente verbal ou, talvez, um desacordo de atitude entre os vários contendores. Afinal, como observa o igualmente clássico Henri De Page, a controvérsia sobre a autoridade da jurisprudência é tão velha quanto o direito, o que significa dizer-se que legislador e juiz sempre andaram juntos — ora bem próximos, ora mais afastados — embora muitos observadores de fora acreditem que eles deveriam dar-se as costas.<sup>5</sup> E isso sem precisarmos nos valer do mau exemplo dos regimes autoritários, nos quais os detentores do poder ditam as normas que eles mesmos aplicam ditatorialmente, razão por que são (des) qualificados como *ditadores*. Outro não é o sentido dessas palavras de Montesquieu, cuja permanente atualidade justifica lembrá-las:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.<sup>6</sup>

À primeira vista, numa interpretação literal desse texto clássico, poder-se-ia dizer que o ativismo judicial, na medida em que implica a criação de normas jurídicas — ainda que somente para a solução de casos concretos<sup>7</sup> —, configura procedimento vedado à magistratura, qual seja, a invasão de competência própria do Legislativo. Uma reflexão mais acurada, no entanto, acabará justificando certo incremento dessa criatividade — inclusive nos sistemas jurídicos de tradição continental —, chegando mesmo a evidenciar que essa suposta usurpação de poder se mostra indispensável para *realizar* a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador.<sup>8</sup>

Não por acaso, em obra célebre, Jean Cruet afirmou, nos idos de 1908, que “o juiz, esse *ente inanimado*, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional”, assim como, em 1945, Gaston Morin proclamou a insurreição dos fatos contra o Código, a que se sucedeu idêntica revolta do próprio direito contra o Código,

5 CARRIÓ Genaro R. Los jueces crean derecho. In: NOTAS sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 105-114; PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. v. 2. p. 334.

6 MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. v. 1. p. 181.

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2. p. 292-298; KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del estado*. México: Unam, 1969. p. 156-160; ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 309-339; EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 137; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2012. p. 190-201.

8 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *El papel del juez en el estado de derecho*. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. 2. ed. Lima: Palestra, 2005. p. 45 *apud* SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 25, nota 40.

seja pela desarmonia entre o direito positivo e as necessidades econômicas e sociais, seja pelo conflito entre o direito atual e o espírito do Código Napoleão.<sup>9</sup>

### 3. A INEVITÁVEL E NECESSÁRIA CRIATIVIDADE DO INTÉRPRETE/APLICADOR DO DIREITO

Em definitivo — porque ninguém nega que, nalguma medida, quando decide, todo juiz sempre cria direito<sup>10</sup> —, o essencial não é sabermos se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinarmos *de que maneira e em que limites* se dará essa inevitável e necessária colaboração, até porque, via de regra, toda lei precisa de *consistência judicial*, vale dizer, de uma espécie de juízo de validação pelo Judiciário, para que se tenha como efetiva e definitivamente em vigor, sendo certo, ademais, que a participação dos juízes na criação do direito varia, significativamente, conforme o tipo de norma que se tem de interpretar, aplicar e desenvolver.<sup>11</sup>

Ilustrativa, nesse particular, é a mensagem enviada ao Congresso Americano, em 8 de dezembro de 1908, pelo então presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt, que mesmo não sendo jurista, teceu essas certas considerações sobre o papel dos juízes na conformação do direito:

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam se fazer portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.<sup>12</sup>

Por essas e outras é que, diante da latitude do texto constitucional norte-americano e da conseqüente liberdade para interpretá-lo, Alexander Pekelis chegou a dizer que, a rigor, os Estados Unidos não teriam uma constituição escrita.

São desse jurista as palavras transcritas a seguir, que se tornaram clássicas em tema de interpretação constitucional e de criação judicial do direito.

Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser *justa*; que a proteção da lei deve ser *igual*; que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*; que as cauções e as multas não devem ser *excessivas*; que as investigações ou as detenções não devem ser *motivadas*; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar *sem o devido processo legal*, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juízes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual.<sup>13</sup>

9 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos & Cia., 1908. p. 26; MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945. p. 2.

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 13-27; ROIG, Rafael de Asis. *Jueces e normas*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 281-282;300.

11 PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. p. 123; LEVI, Edward H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1971. p. 47; SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 136-137; CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interpretative*: introduction générale. Paris: Dalloz, 2007. t. 50. p. 732. (Archives de philosophie du droit).

12 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 5.

13 PEKELIS, Alexander. La tecla para una ciencia jurídica estimativa. In: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951. p. 125.

Sob essa mesma compreensão do papel dos juízes e tribunais na criação do direito, sobretudo em sede constitucional, assim se expressou o erudito Francisco Campos, então Ministro de Estado da Justiça, em discurso proferido na solenidade de abertura dos trabalhos do STF, em 2 de abril de 1942:

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, [então] no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida [for] a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie.<sup>14</sup>

A essa luz, uma defesa dogmático-jurídica da criatividade judicial do direito parece encontrar suporte, por exemplo, no art. 20, § 3º, da Constituição da Alemanha, cujo enunciado — *o poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito* — recebeu do Tribunal Constitucional Federal a seguinte interpretação, verbis:

A vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação de poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi, no entanto, modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da justiça está vinculada à lei e ao Direito. Com isso recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito em geral se identificam faticamente, mas não sempre e necessariamente. O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir um mais de D, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme à Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como corretivo da lei escrita: achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência.<sup>15</sup>

Nesse contexto, o jurista e cientista político norte-americano Christopher Wolfe registra esta espirituosa argumentação, desenvolvida por alguns dos arautos do ativismo judicial, *verbis*:

Uma defesa possível para um poder judicial em expansão é, simplesmente, a satisfação com os seus resultados. A prova do pastel está em seu sabor, argumentam os defensores do Tribunal moderno, e o ativismo judicial — seja qual for a sua receita — tem produzido muito bem e pouco mal.<sup>16</sup>

#### 4. A REGRA DE RECONHECIMENTO E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS COMO LEGISLADORES POSITIVOS

De outra parte — o que se nos mostra de grande importância neste debate —, é o fato de que o acolhimento das leis pelos juízes parece ser o elemento decisivo para se dizer que uma norma pertence *de fato* a determinado sistema jurídico — a chamada *regra de reconhecimento*<sup>17</sup> —, uma realidade que se evidencia principalmente em sede de controle de constitucionalidade das leis, por exemplo, onde as cortes constitucionais ora *confirmam*, ora *transformam*, ora *excluem*, ora apenas *interpretam*, ora *revelam* a existência de normas até então não percebidas no interior dos ordenamentos jurídicos, o que parece dar razão ao intuitivo Lúcio Bittencourt, quando afirmou, em estudo de 1942, que a interpretação é parte integrante do processo legislativo.<sup>18</sup> Tudo somado, esse estado de coisas parece remeter para o museu da história a clássica tese kelseniana de que, ao examinar a validade das leis em face da Constituição, os tribunais constitucionais só poderiam agir como *legisladores negativos*.<sup>19</sup>

14 CAMPOS, Francisco. O Poder Judiciário na Constituição de 1937. In: *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 367.

15 *BVerfGE* 34, 269, 287. Ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2012. p. 522-524.

16 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 26-27.

17 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007. p. 111-135.

18 BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, ano 5, v. 4, n. 3, p. 121-127, dez. 1942.

19 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Brasília: UnB, 1990. p. 261; La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, p. 224, t. XLV, 1928; *Jurisdição con-*

Um ligeiro passar de olhos sobre as chamadas sentenças *intermediárias* — sobretudo aquelas de efeitos normativos —, proferidas pela Justiça Constitucional em diversos países mostrará o crescimento dessa heterônoma *legislação judicial*, o que levou alguns juristas a se perguntarem, entre perplexos e apreensivos, se já não estaríamos vivenciando uma transferência do poder político do legislador para o juiz e se, diante da onipotência do Judiciário, o atual Estado constitucional de Direito não seria uma simples *máscara ideológica*, com que se disfarça um verdadeiro Estado *judicial* de Direito.<sup>20</sup>

Não por acaso, ao se referirem aos tribunais constitucionais e aos seus integrantes, os críticos mais severos costumam chamá-los de *quarto poder, gabinetes na sombra, variantes do poder legislativo, legisladores complementares, parlamentos de notáveis, legisladores positivos, juízes soberanos, contra capitães, instâncias supremas de revisão* ou, mais ainda, *constituintes de plantão*, nominatas, todas elas, a evidenciar o inconformismo desses juristas com o que chamam de um *novo governo dos juízes*, reputado incompatível com o Estado *democrático* de Direito.<sup>21</sup>

## 5. O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMO GERADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

Conquanto, normalmente, pelo menos que seja do nosso conhecimento, o ativismo judicial não seja visto a essa luz, acreditamos não cometer exagero se considerarmos que o controle *jurisdicional* da constitucionalidade das leis, pelos argumentos em que se sustenta e pelas consequências que desencadeia, parece consubstanciar a forma mais radical ou, se preferirmos, o exemplo emblemático desse procedimento da judicatura. Senão, vejamos.

Com efeito, se ampliarmos o foco sobre a seminal e paradigmática decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no célebre caso *Marbury versus Madison*, em fevereiro de 1803, não será difícil enxergarmos no veredicto proferido por esse tribunal a semente do que viria a ser, no curso da história, a institucionalização das cortes constitucionais como instâncias sobrepostas aos demais poderes do Estado e, por via de consequência, como juízes de sua própria autoridade, o que permitiu a Mauro Cappelletti afirmar, sem incômodo algum, que as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais e que a elas pertence, de fato, uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos poderes tradicionais, mas se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência às normas constitucionais.<sup>22</sup>

Para ilustrar essa tese, relembremos, *en passant*, os principais argumentos desenvolvidos em torno do tema, tendo como referência o aludido julgado e como roteiro doutrinário *A Lei e a Constituição*, do nosso saudoso mestre, professor Orlando Bitar.<sup>23</sup>

*stitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 152.

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 206-225; As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.) *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194; LA VEGA, Augusto Martín de. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 120; *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993; IBÁÑEZ, P. Andrés. *La justicia en el estado de derecho y la crisis del estado social, in justicia/conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 120; DÍAZ, Elias. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 110.

21 Sobre essas denominações críticas, cf., por todos, SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 838.

22 CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 38, 1961.

23 BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978. v. 2. p. 77 e seguintes.

Pois bem. Por que foi atribuído ao Judiciário o poder ou o dever de declarar inválidos os atos inconstitucionais? Por que, se a Constituição é suprema, tal supremacia é decretada pelo Poder Judiciário, como faculdade inerente ao exercício da jurisdição?

Segundo a lição de Bitar, é no julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison* que encontraremos uma fundamentação para essa prerrogativa, sustentada pelo *Chief Justice* John Marshall, sinteticamente, nos termos seguintes: “provado que a Constituição é suprema, sendo concomitante a nulidade dos atos em contrário, ela mesma, por implicância, dará ao Judiciário autoridade para proclamar aquela nulidade e invalidez.”<sup>24</sup>

A origem da questão, segundo o magistério de Charles Hughes, que foi Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, e de Charles Beard, citado por aquele *Chief Justice*, está na interpretação que a jurisprudência americana deu ao *Judiciary Act* de 1789, em razão do qual foi reconhecido aos tribunais dos Estados o poder de examinar a validade das leis do Congresso, cabendo à Suprema Corte o reexame das decisões locais, para confirmá-las ou reformá-las.

Se os autores dessa regra (*Judiciary Act*) julgavam a Suprema Corte competente para anular ou confirmar a decisão de uma Corte estadual, impugnando, como inconstitucional, uma lei federal, não seria absurdo admitir — enfatiza Beard — que eles também julgassem a Corte Suprema competente para declarar a inconstitucionalidade de um ato do Congresso, independentemente de qualquer decisão de tribunal estadual; absurdo seria admitir que um ato do Congresso pudesse ser anulado por um tribunal estadual, com aprovação da Suprema Corte, e não o pudesse ser diretamente pela própria Suprema Corte.<sup>25</sup>

Para Charles Hughes, ainda que não se reconhecesse essa autoridade da Suprema Corte, como reconhecida Lei de Administração da Justiça, ou como consequência das ideias que eram patrimônio comum do povo americano, quando se redigiu a Constituição, chegar-se-ia a resultado idêntico pela necessidade de pôr em prática as limitações que a Constituição estabeleceu à atividade legislativa do Congresso e os preceitos por ela instituídos para proteger os direitos individuais, nos termos dessa mesma Constituição.<sup>26</sup>

Desenvolvendo esse raciocínio, Hughes afirma que algum tribunal deveria existir para declarar em que casos aquelas limitações foram ultrapassadas ou aqueles direitos não foram reconhecidos ou respeitados. Naturalmente — prossegue ele —, esse tribunal não poderia ser o de um Estado, porque isso permitiria aos Estados anular a autoridade federal; nem se poderia atribuir tal prerrogativa ao Executivo, porque isso implicaria torná-lo superior ao Congresso; nem muito menos ao próprio Congresso, porque isso o tornaria juiz único de sua própria autoridade, capacitando-o a ultrapassar todos os limites impostos às suas faculdades e a sobrepor-se aos Estados.

Se a Constituição havia de ser judicialmente aplicada como norma suprema, na decisão de pleitos ou controvérsias, contra o disposto nas leis dos Estados — acentua Hughes —, em que se poderia apoiar quem sustentasse que essa aplicação judicial não teria idêntico cabimento contra o disposto em leis do Congresso? Haveriam de se manter as limitações estabelecidas na Constituição Federal em relação aos Estados e não em relação a quem tinha os poderes federais restringidos? Então, se o poder judicial se estendeu a tais casos, a decisão da Suprema Corte teria que ser necessariamente final.

A questão foi decidida pela própria Suprema Corte, no caso citado *Marbury versus Madison*, quando o *Chief Justice* John Marshall, sem as discriminar, refere-se a três provisões constitucionais que, conquanto não outorgassem expressamente ao Judiciário o poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, continham implícita essa faculdade excepcional.

24 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978. p. 77.

25 BEAR, Charles A. *A Suprema Corte e a constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 71-72.

26 HUGHES, Charles Evans. *La Suprema Corte de Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945. p. 92-93.

Os dispositivos constitucionais invocados por Marshall são os seguintes:

*Art. III, Seção 2, Cláusula 1ª* — A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, sob as leis dos Estados Unidos e os tratados celebrados ou que se celebrarem sob sua autoridade; etc.

*Art. VI, Cláusulas 2ª e 3ª* — Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados.

Os Senadores e Deputados acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição; etc.

Em síntese admirável, Orlando Bitar articula o raciocínio desenvolvido por Marshall: se os juizes, na forma do artigo III, têm a sua jurisdição estendida a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade, que nasçam sob a Constituição, as leis e os tratados, etc.; se, pelo artigo VI, a Constituição e as leis feitas em conformidade com ela, bem como os tratados celebrados sob a autoridade dos Estados Unidos, são a suprema lei da terra, terão as autoridades judiciárias, no julgamento de *casos e controvérsias*, de verificar, *sempre*, qual a lei aplicável. Inspeccionarão essas autoridades, antes de tudo, pelos preceitos mesmos do art. VI, a hierarquia das leis que tutelam os direitos e, dada a natureza limitada dos poderes do Congresso e das Assembleias, examinarão obrigatoriamente se não houve excesso de competência. Se tiver havido, é nulo e de nenhum efeito o ato exorbitante. Tal fundamento, inferido da necessidade de aplicação de uma lei a cada caso, na justificação da sentença, combina-se, assim, com o policiamento da competência definida de cada departamento, tudo confluindo com o poder de interpretação inerente à função judiciária.

Conquanto tenha sido acolhido pela Suprema Corte esse raciocínio de Marshall, a tal ponto que a doutrina do *judicial review*, no dizer de Hughes, praticamente se integrou ao sistema de governo dos Estados Unidos, da mesma forma que dele faz parte a própria função judicial, os críticos daquele grande Juiz dizem que os fundamentos da sua decisão foram deduzidos sem maior penetração e que, em lamentável petição de princípio, ele teria dado como provado exatamente aquilo que deveria provar, porque, em nenhuma passagem da Constituição, em nenhum dos seus dispositivos, havia qualquer referência à faculdade, afinal reconhecida e incorporada ao sistema jurídico norte-americano e aos sistemas jurídicos que nele se inspiraram, de os Tribunais declararem a inconstitucionalidade das leis.<sup>27</sup>

Em sentido contrário a essa crítica, encontramos as palavras lapidares de Hamilton, delegado de Nova Iorque à Convenção de Filadélfia e um dos protagonistas do Grande Ensaio (Carl Van Doren), de que resultou o notável monumento da sabedoria humana que é a Constituição Americana:

O direito dos tribunais para declarar nulos os atos da legislatura, com fundamento em que são contrários à Constituição, tem suscitado certas dúvidas como resultado da ideia errônea de que a doutrina que o sustém implicaria a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos da outra, necessariamente será superior àquela de quem procedem os atos anulados.

Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proibem.

27 BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: *Obras Completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978. p. 77-78.

Se se disser que o corpo legislativo por si só é constitucionalmente o juiz de seus próprios direitos, e que a interpretação que *deles* se faz é decisiva para os outros departamentos, é lícito responder que não pode ser esta a presunção natural nos casos em que não se coligam disposições especiais da Constituição.

Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar aos representantes do povo substituir sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade.

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorrer entre as duas alguma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários.

Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.<sup>28</sup>

## 6. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, sob aplausos de uns e críticas de outros, nos deparamos com o STF, a nossa corte constitucional, a criar *direito novo*, embora ainda com a cautela de anunciar que as normas emergentes dos seus julgados não surgiram do nada, antes foram apenas *extraídas* do próprio texto da Constituição, onde estavam insinuadas, latentes ou implícitas, como que à espera do momento oportuno para se mostrarem às claras. Tal foi o caso da sentença em que o tribunal — num *exercício candente de ativismo judiciário*, no dizer de Elival da Silva Ramos — assentou o entendimento de que os mandatos políticos — no Legislativo ou no Executivo — pertencem aos partidos, razão por que haverão de perdê-los todos quantos abandonarem as suas legendas, seja trocando de partido, seja simplesmente desligando-se, sem justa causa, da agremiação pela qual se elegeram.<sup>29</sup>

Por *ativismo judicial* — segundo esse jurista —, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos); Saul Tourinho Leal, de sua parte, mesmo destacando que há dificuldade em se fixarem critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo *ativismo judicial*, assinala que essa expressão está associada à ideia de *exorbitância de competência* por parte do Poder Judiciário, razão por que — adverte —, chamar-se de *ativista* um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional.

Para esses dois autores, portanto, o ativismo judicial significa uma espécie de *mau comportamento* ou de *má consciência* do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação de

28 HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. p. 313-315.

29 Adotando esse entendimento, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE-DF), em 16/3/10, por 4x3 votos, cassou o mandato do então governador do DF, José Roberto Arruda, por infidelidade partidária, caracterizada, no caso, por sua *desfiliação partidária sem justa causa*. A corte seguiu o voto do desembargador Mário Machado, que entendeu não ter havido motivo justo para que Arruda deixasse o DEM, partido sob cuja legenda ele se elegera. Ameaçado por um processo no Conselho de Ética do partido, Arruda preferiu se desfiliar a ser expulso daquela agremiação partidária.

poderes do Estado Constitucional de Direito.<sup>30</sup>

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a *criação judicial do Direito* seria o *exercício regular* do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão *dar cada um o que é seu*, tratando igualmente os iguais e desigualmente dos desiguais, na medida da sua desigualdade.

Nesse sentido — nunca é demais lembrar — o clássico Jean Cruet afirmou, no começo do século passado, que o juiz, esse “ente inanimado” de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, uma ideia de resto compartilhada tanto por Henri De Page, para quem a lei é uma fórmula incompleta e tardia, que depende da doutrina e da jurisprudência para encontrar novos caminhos, quanto por Puig Brutau, ao dizer que o legislador nos dá a sensação de um míope equipado com uma arma poderosa, porque só se decide a atuar quando o objetivo que se propõe já está traçado por uma série de necessidades acumuladas; e, ainda, por Bruno Heusinger, ao proclamar, em 30/3/1968, no seu discurso de despedida da presidência do Tribunal Federal da Alemanha, que o ato de conhecimento do juiz é, simultaneamente, pensamento e ação, e que vida de juiz é vida ativa, e não vida contemplativa, uma autoanálise tão sincera quanto o reconhecimento, por Zaffaroni, de que o juiz asséptico, imparcial, objetivo ou incondicionado é uma *impossibilidade antropológica*.<sup>31</sup>

Assim vistas as coisas, pode-se dizer, em resumo, que qualquer avaliação crítica — criticar é distinguir — do problema do ativismo judicial implica delimitar a fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dos limites, mas é de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição — pela sua abertura semântica —, comporta leituras que, embora distintas, são igualmente defensáveis ou plausíveis. Por essa razão, há a observação, aparentemente estranha, de Karl Larenz, a nos dizer que o jurista considera “plausível” uma resolução quando pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correção, quanto em sentido oposto.<sup>32</sup>

Essa sensação de estranheza se dissipa, no entanto, se tivermos presente que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo *marco*; que não é possível subordinar-se a interpretação a algo que ela mesma irá produzir; ou, ainda, e finalmente, que sendo indeterminadas as normas constitucionais objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida.<sup>33</sup>

A liberdade do intérprete/aplicador do direito, por outro lado, há de ser uma liberdade responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos.<sup>34</sup> Afinal, é de ciência elementar, no âmbito da teoria do conhecimento, que o objeto transcende o sujeito, o qual, por isso mesmo, deve respeitar a *autonomia/alteridade* do objeto, sob pena de inviabilizar o evento cognitivo, na medida em que este consiste, precisamente, na apreensão — não na criação — do objeto pelo sujeito do conhecimento, mesmo sabendo-se que essa

30 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros Dogmáticos*. p. 129 e 138; LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24.

31 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: J. Bastos, 1908. p. 26; PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. v. 1. p. 74-75; BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, p. 19; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 426; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994. p. 109.

32 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 414.

33 BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 32-34.

34 BETTI, Emilio. *La Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. p. 32-33; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 493.

apreensão decorre ou depende do trabalho do sujeito sobre o objeto que intenta conhecer.<sup>35</sup>

Nesse sentido é o ensinamento de Gadamer, a nos dizer que uma consciência formada *hermeneuticamente* tem que se mostrar receptiva, desde o começo, à *alteridade* do texto, sem que isso signifique neutralidade ou autodestruição diante dele; que uma verdadeira compreensão exige confronto/interação entre as verdades do intérprete e as verdades do texto; e que, enfim, uma coisa é respeitarmos a alteridade/transcendência do texto e outra, bem diversa, é adotarmos uma postura de “objetividade eunuca”, que a tanto equivale nos postarmos, passivamente, diante do que está escrito sem lhe provocar com alguma pergunta.<sup>36</sup>

No domínio da experiência jurídica, esse modo de ver o problema da relação sujeito/objeto do conhecimento jurídico remonta aos autores clássicos, como o já citado De Page, para quem o de que se trata é de construir uma teoria adaptada aos fatos, decorrente deles e suficientemente ampla e precisa para ponderar os prós e os contras; uma teoria capaz de estabelecer um critério apto a precisar a esfera de intervenção do juiz e de separá-la daquela outra, imaginada e obscuramente pressentida, em que o poder criador do juiz ficará interdito, no todo ou em parte, em razão de incompatibilidades objetivas, a serem determinadas; enfim, traçar a linha demarcatória entre a autoridade da lei e a liberdade da jurisprudência.<sup>37</sup>

Para posterior desenvolvimento, registramos que, ao menos em relação aos tribunais constitucionais, o juízo de reprovação do ativismo judicial, enquanto conduta que seria ofensiva ao dogma da separação de poderes, não é compartilhado por muitos juristas de expressão, como é o caso de Mauro Cappelletti, por exemplo, para quem, pela singular posição institucional de que desfrutam — situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes —, as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos, porque a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, antes se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais.<sup>38</sup>

Mais expressiva, ainda, nessa rejeição à tese de que a criação judicial do direito ofenderia o princípio constitucional da separação dos poderes, é a posição de Ignácio de Otto, para quem, em realidade, a atribuição de valor vinculante à jurisprudência é o único modo de manter a própria separação de poderes, que estaria comprometida caso a interpretação das leis ficasse a cargo do próprio legislador, que as edita, e não do juiz, um terceiro imparcial, que fixa o sentido das normas à luz dos casos e controvérsias, complementando, por essa forma, a tarefa legislativa.<sup>39</sup>

Aceita, apenas para debate, essa distinção genérica entre ativismo judicial e criação judicial do Direito, podemos dizer, com Larenz, que somente uma época que identifique o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador, assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça, propende a reduzir a faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e a negar o desenvolvimento aberto do Direito.<sup>40</sup>

Se, ao contrário, tivermos presente que a lei não esgota o Direito, antes exige, quando necessário, concretizá-lo para além do sentido literal dos enunciados normativos, a função do juiz não se resumirá a *dizer* um direito previamente posto e sobreposto, e tampouco a servir de mero porta-voz do legislador, como preconizava Montesquieu, que reduzia o juiz à condição de *boca que pronuncia as palavras da lei*, e a função de

35 Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: M. Fontes, 1987, Capítulo I — *A Relação cognitiva, o processo do conhecimento, a verdade* - págs. 65-98.

36 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1. p. 335-440; e vol. II, 1994, p. 123.

37 PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. v. 2. p. 123-125.

38 CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, ano 2, v. 3, p. 38, jan./jun. 1961.

39 OTTO, Ignácio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2007. p. 302-303.

40 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 521.

julgar, a uma espécie de *prerrogativa de certo modo nula*.<sup>41</sup>

Diversamente, esse *novo juiz* é aquele que faz o direito no momento em que decide as causas e controvérsias, porque verdadeiro legislador não é a pessoa que por primeiro escreveu ou ditou quaisquer normas jurídicas, mas quem dispõe de autoridade absoluta para *interpretá-las*, uma prerrogativa que se potencializa quando os enunciados normativos não veiculam comandos precisos ou *regras de direito*, antes se apresentam como fórmulas abertas, como *princípios jurídicos*, que servem de ponto de partida e de apoio para que o julgador construa a decisão que repute *correta e justa* em cada situação hermenêutica.<sup>42</sup>

Destarte, a precedência cronológica, no escrever como no falar, não tem a menor importância para a injuntividade do direito, porque só é juridicamente obrigatório, mesmo, aquilo que vier a ser estatuído no ato e no momento da decisão, e isso apenas por quem a tanto esteja institucionalmente autorizado, porque no Estado constitucional, como Estado de *competências*, só cria direito quem disponha de competência para fazê-lo.<sup>43</sup>

Aprofundando-se um pouco mais a análise do processo de realização do direito, percebe-se que, no começo da atividade hermenêutica, está o texto da lei, só aparentemente claro e fácil de aplicar, e no final — se este existe —, entretecida em torno do texto, encontra-se toda uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo, a ponto de, em casos extremos, torná-lo quase irreconhecível. Um estranho resultado daquilo que o jurista se habituou a denominar simplesmente “aplicação das normas”, mas que um mínimo de sinceridade nos impõe reconhecer como aberta criação judicial do direito.<sup>44</sup>

E isso para não falarmos nos casos de falta de normas, em que o intérprete/aplicador — obrigado a dizer o direito —, tem não apenas o poder, mas, sobretudo, o dever de formular a *regra de decisão*, tarefa da qual se desincumbe, observa Reale, correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais: o de que o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei; e o de que, na omissão da lei, deve proceder como se fora legislador.<sup>45</sup>

E tamanha é a naturalidade com que se aceita e prestigia essa *legislação judicial*, que já se tornou lugar-comum entre os juristas conferir-se à jurisprudência o *status* de fonte imediata do direito, sendo cada vez mais expressivos e numerosos os estudos sobre a normatividade das decisões judiciais, em diferentes latitudes do mundo jurídico, assim como a publicação, em ritmo frenético, de repertórios de jurisprudência.<sup>46</sup>

Nesse panorama há mesmo quem afirme que, nalguns países, como na França e na Alemanha, por exemplo, onde a jurisprudência, em certos domínios, está em primeiro plano na evolução do direito, as obras de doutrina, muitas vezes, se limitam à exegese da jurisprudência, um fato que se observa na atual cultura jurídica brasileira.<sup>47</sup>

No âmbito legislativo, o mais destacado exemplo do reconhecimento e da inexorabilidade da força normativa dos precedentes judiciais é o artigo 557 do nosso CPC, ao consignar que o relator negará seguimento

41 MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. In: Oeuvres complètes de Montesquieu. Paris: Chez Lefrèvre; Éditeur, 1839, p.193 e 196; MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. v. 1. p.185-187.

42 HANS, Kelsen. *teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM, 1969. p. 182-183; LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 398.

43 KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 151.

44 LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 250.

45 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.70.

46 Ver, entre vários outros, TUCCI, José Rogério Cruz E. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004; ROIG, Rafael de Asis. *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993; SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Aceres, 2006; VASQUEZ, Rodolfo et al. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara, 2003; SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993; RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

47 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 1986. p. 117.

a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior, assim como, pelo mesmo fundamento, proverá recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com tais paradigmas, o que, tudo somado e já ampliado por decisões em torno desse dispositivo, significa atribuir *força de lei* às interpretações judiciais consolidadas, postura que, entre nós, remonta aos antigos *Prejulgados* da Justiça do Trabalho, enunciados normativos que o STF — então prisioneiro da separação dos poderes em sentido forte —, declarou inconstitucionais, mas neles acabou se inspirando para patrocinar, 60 anos depois, a constitucionalização da chamada *Súmula Vinculante*, uma espécie de *superlei*, que a todos se impõe, menos ao próprio STF, pois só a ele compete criar, alterar ou cancelar esses enunciados normativos.

A propósito, embora pela letra da Constituição (art. 103-A), o comando das *Súmulas Vinculantes* não se imponha ao Poder Legislativo, na prática o Parlamento acaba sofrendo, ainda que reflexamente, os efeitos inibidores de que são dotados esses enunciados hermenêuticos, pois em sua consciência dificilmente algum deputado ou senador se animará a propor projetos de lei na contramão do que, em matéria constitucional, tenha sido decidido pelo STF. E se o fizer e sua proposta converter-se em lei, esse ato legislativo não acarretará o cancelamento definitivo de *Súmula Vinculante* afrontada por essa lei, pela simples razão de que o STF poderá declará-la nula e de nenhum efeito, em sede de controle de constitucionalidade.

Em síntese, embora previstas como atos normativos infraconstitucionais, na prática as *Súmulas Vinculantes* acabam dotadas de *pretensão de injuntividade* idêntica à de que desfrutam os preceitos da própria Constituição.<sup>48</sup>

Diante desse estado de coisas, a configurar uma verdadeira *judicialização do direito*, tem razão o clássico René David, quando diz que mais do que as fórmulas dos autores e mais do que as obras de doutrina, é necessário, para se ter a visão justa da questão, atentar para um outro fator, que é a existência e o desenvolvimento das compilações ou repositórios de jurisprudência, obras que não são escritas para uso dos historiadores do direito e dos sociólogos, e tampouco para o prazer dos seus leitores, antes se elaboram para uso dos juristas práticos e só se explicam se a jurisprudência for, no verdadeiro sentido desta expressão, uma autêntica *fonte do direito*.<sup>49</sup>

No âmbito do direito público, é de merecer registro, igualmente, a observação de López Aguilar, a nos dizer que o Direito Constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional, ideia presente, no essencial, tanto na frase do juiz Hughes, de que os Estados Unidos vivem sob uma Constituição, mas que essa carta política é aquilo que os seus juízes dizem que ela é, quanto na observação, esta do jusfilósofo espanhol Elias Díaz, de que o direito compõe-se não apenas de normas, mas também do trabalho dos seus operadores.<sup>50</sup>

Disso tudo emerge, agigantada, a figura do juiz, que deixa de ser um mero executor de comandos legislativos, vindos de cima e de fora, para se converter em legítimo criador de normas jurídicas, se não genéricas e de eficácia *erga omnes* — que incumbe ao legislador editar —, pelo menos como *regras de decisão*, de todo indispensáveis para que se individualizem e se concretizem os enunciados jurídico-normativos — sempre abstratos e gerais —, a que chamamos as *palavras da lei*.

Por tudo isso, não parece absurdo dizer-se que, na sua formulação legal, a norma jurídica — alheia às circunstâncias de cada caso —, há de ser, por princípio, abstrata e geral e, não raro, por isso mesmo, necessaria-

48 Sobre o conceito de *pretensão de injuntividade*, ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 262.

49 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 1986. p. 118.

50 LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. *Lo constitucional en el Derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y Orden jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 60. A frase de Hughes é referida, entre outros, por Antonio Carrillo Flores, no *Prólogo* à edição espanhola da obra de Charles Evans Hughes *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation*, publicada em 1946, pelo Fondo de Cultura Económica, com o título *La Suprema Corte de Estados Unidos*; DÍAZ, Elias. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 22.

mente injusta, raciocínio que encontra correspondência no pensamento do famoso juiz Holmes, para quem as proposições gerais não resolvem os casos particulares e, por isso, a decisão a ser proferida dependerá de um juízo ou intuição mais sutil do que qualquer articulada premissa maior.<sup>51</sup>

De mais a mais, como assinala o mesmo Puig Brutau, se as regras gerais decidissem os casos particulares, o Direito só evoluiria com a promulgação de leis de caráter geral, o que é contrariado pela história, a nos mostrar que nos séculos XIX e XX, por exemplo, não só na América como noutras partes do mundo, os grandes avanços do Direito decorreram da atividade prática dos juristas, ainda que muitos deles não se deem conta da sua capacidade criadora e alimentem a mais ingênua confiança no valor do método dedutivo, acreditando que é da lei, como premissa maior, que se extraem, por derivação silogística, as soluções para os casos concretos.<sup>52</sup>

E a tal ponto vai essa atuação instauradora de modelos jurídicos novos, por parte dos intérpretes/aplicadores do direito, em cada situação hermenêutica, que autores como o citado Puig Brutau, por exemplo, chegam a dizer que não se trata propriamente de concretizar uma norma abstrata — pois isso ainda seria aplicá-la mecanicamente —, e, sim, de criar uma regra concreta [direito novo, portanto], que resolva o problema e, pela sua eficácia, possa valer como precedente.<sup>53</sup>

Para não se chegar a tanto e, dessa forma, a pretexto de realizar a justiça em sentido material, acabar permitindo que o juiz invada o espaço nomogenético que o constituinte reservou ao legislador — o que caracterizaria o *ativismo judicial* como conduta constitucionalmente indevida —, bastaria dizermos que, na criação do direito, tarefa que lhes é comum<sup>54</sup>, legisladores e juizes atuam em dois tempos e a quatro mãos, no âmbito de um *acordo tácito* — alguns chegam a falar em *cumplicidade*<sup>55</sup> —, por força de cujas cláusulas, em obediência à *natureza das coisas* e ao princípio da *separação dos poderes*, o Parlamento continua com o monopólio da *redação* das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las *criativamente*, de preferência se o fizer dizendo que as suas *leituras* não ultrapassam o *sentido literal possível* desses enunciados normativos.<sup>56</sup>

É assim que se “comportam” lei e função judicial na criação do direito, porque não é somente a lei, mas também a função judicial, que, juntas, proporcionam ao povo o seu direito.<sup>57</sup>

Visualizada essa questão no contexto do *multiculturalismo* dos nossos dias; da *materialização* das modernas cartas políticas; e da concomitante estruturação dos enunciados constitucionais sob a forma de *princípios*, torna-se evidente que o juiz não *aplica* normas a fatos, nem *subsume* fatos a normas, porque, outra vez, os fatos se revoltam contra os códigos e a realidade se opõe à lei, exigindo dos juristas uma capacidade sobre-humana para equacionar problemas que nem o mais clarividente dos legisladores poderia imaginar.<sup>58</sup>

Posta a questão dessa forma, vale dizer, em termos de pluralidade de convicções e distintos modos de vida, outra indagação de maior profundidade se coloca diante de nós, desafiando-nos a revelar qual o *critério de verdade* que legitimaria a imposição de crenças particulares à obediência geral, como acontece na seara dos *direitos humanos*, por exemplo, cujas solenes *Declarações*, embora autodenominadas *universais*, são vistas pelos críticos como textos *ocidentais* e, por isso mesmo, carentes de normatividade para quem vive do *outro lado do mundo* e ali se conduz em conformidade com valores diversos.

51 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Sobre lo jurídico y lo justo. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley e el juez*; dos estudos. Madrid: Civitas, 2000. p. 76; HOLMES, Oliver Wendell *apud* BRUTAU, José Puig. *La jurisprudência como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 49, nota 2.

52 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudência como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 50.

53 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudência como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 51.

54 LEVI, Edward H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1971. p. 47: “Las legislaturas y los tribunales son cuerpos creadores de derecho que actúan en colaboración”.

55 SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 84.

56 LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 366-370.

57 ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968. p. 325-413. Especialmente o Capítulo VII.

58 MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945.

É o que se evidencia, entre outros, num instigante ensaio de Panikar, em que ele ressalta que a formulação desses direitos emergiu de um diálogo muito parcial no seio das culturas existentes no mundo, indagando, a seguir, se em razão da estreiteza desse ponto de partida a noção dos direitos humanos não seria um conceito marcadamente ocidental.<sup>59</sup>

O tema é de gritante atualidade e a sua problemática cada vez mais crítica, na exata medida em que, por força da crescente transumância e da globalização das relações humanas, avolumam-se os conflitos interculturais — de que são exemplos significativos as controvérsias do *Crucifixo* e do *Véu Islâmico*, com que se defrontou o Tribunal Constitucional da Alemanha, e o particularmente dramático caso da *Excisão*, submetido ao Tribunal Criminal de Paris<sup>60</sup> —, a desafiam a capacidade do Estado Democrático de Direito, em especial dos órgãos da sua jurisdição constitucional, para administrar essas diferenças sem que, por excesso de zelo com as minorias, acabe por fragmentar a própria sociedade, como adverte Habermas, para quem a coexistência, com igualdade de direitos, de *diferentes formas de vida* não pode levar a uma segmentação social, antes exige a integração dos cidadãos do Estado e o reconhecimento recíproco de suas pertencas a grupos sub-culturais, no quadro de uma cultura política que há de ser compartilhada<sup>61</sup>, até porque nesses contextos de expansão do pluralismo ético e cultural, é muito provável que o exercício da autoridade seja percebido como a imposição de normas e/ou valores não compartilhados.<sup>62</sup>

Diante desse panorama desafiador, no qual o Estado de Direito se autocompreende e se afirma *democrático, pluralista* e comprometido com a causa dos *direitos humanos*, mostram-se particularmente embaraçosas, se não mesmo insolúveis, questões como as formuladas a seguir — todas suscitadas a propósito de casos concretos submetidos à jurisdição constitucional — pela simples razão de que não dispomos de nenhum *critério de verdade* para respondê-las adequadamente, formulando *regras de decisão* aptas a realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão *dar a cada um o que é seu*.

Melhor do que quaisquer reflexões em abstrato sobre a sua extrema complexidade, as próprias questões se encarregam de evidenciar as aporias a que nos conduzem. Senão, vejamos.<sup>63</sup>

- *Pode um motociclista sikh exigir que se lhe dispense da obrigação geral de usar capacete, invocando o seu dever religioso de vestir turbante?*
- *Cabe exigir-se de um preso judeu que aceite os alimentos comuns da prisão ou se deve oferecer-lhe comida kosher?*
- *Tem direito um trabalhador muçulmano de interromper brevemente o seu trabalho para fazer as orações prescritas pela sua religião?*
- *Pode ser despedido um trabalhador por não assumir o seu posto de trabalho nos dias em que se celebram as festividades máximas da sua comunidade religiosa?*
- *Perde o auxílio-desemprego o trabalhador despedido por esse motivo?*
- *Deve permitir-se aos comerciantes judeus que abram os seus negócios aos domingos, dado que não podem fazê-lo nos sábados porque a sua religião lhes proíbe?*
- *Tem direito uma aluna islâmica de ser dispensada da aula de educação física, em colégio misto, porque não lhe é permitido mostrar-se em traje esportivo a pessoas de outro sexo?*
- *Podem usar o seu véu na sala de aula as alunas islâmicas?*
- *O que acontece quando não se trata das alunas, mas das professoras de uma escola pública?*

59 PANIKAR, Raimundo. É a noção de direitos humanos um conceito ocidental? *Revista Diógenes*, Brasília, p. 5-28, 1983.

60 ALÁEZ CORRAL, Benito; ALVAREZ ALVAREZ, Leonardo. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encucijadas del cambio de milênio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 938-978 e 978-1039; CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998. p. 83-91.

61 HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 300.

62 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 90.

63 DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007. p. 54-56.

- Vigora para as monjas católicas uma regra diferente da que se aplica às professoras muçulmanas?
- Podem os imigrantes exigir que o enterro dos seus mortos se faça conforme as prescrições da sua religião, sem submeter-se ao regime geral do direito funerário vigente no país de acolhida?
- Podem as autoridades alemãs exigir de uma estrangeira a ser expulsa para o seu país de origem que ponha o véu para ser fotografada, sob o argumento de que o país que vai recebê-la só reconhece as fotos das mulheres que se mostram com véu?
- Deve ser tolerada nas cidades alemãs a difusão em altofalantes da chamada do muezîm para as orações, assim como se permite o toque dos sinos na torre das igrejas cristãs?
- Podem os pais recusar, por motivos religiosos, que receba transfusão de sangue um filho seu que esteja em perigo de morte?
- Deve permitir-se aos estrangeiros que degolem animais conforme os mandamentos da sua religião, ainda que isso contrarie as leis nacionais de proteção dos animais?
- Podem os pais estrangeiros, conforme os seus costumes culturais, privar as filhas de educação superior ou casá-las contra a vontade?
- Deve-se prever uma dispensa da escolarização obrigatória quando os fins educativos da escola pública contradigam as concepções de valor de determinado grupo cultural?
- Deve-se autorizar a poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando ela é permitida em seu país de origem?

Diante dessas questões, que a sinceridade nos obriga a considerar pelo menos incômodas, é de se perguntar se o Estado Constitucional de Direito está em condições de enfrentar tais problemas e dar-lhes soluções que se possam considerar não apenas *corretas*, mas também *justas*, vale dizer, plenamente justificadas *por dentro e por fora* <sup>3/4</sup> justificação interna e justificação externa <sup>3/4</sup>, como se exige das decisões que se pretendem *jurídica e moralmente* aceitáveis.

Como, por outro lado, todas essas indagações consubstanciam *questões de direitos humanos*, seu deslinde está afeto, imediatamente, às cortes constitucionais dos Estados onde surgem tais controvérsias, assim como, mediamente, às instâncias internacionais ou supranacionais, que já recebem *petições* de indivíduos ou grupos de particulares que se considerem vítimas de violação dos direitos humanos, por qualquer Estado, nos termos e para os efeitos da ordem jurídica internacional.<sup>64</sup>

De igual modo, não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito, como astatui o já citado art. 20.3, da Lei Fundamental de Bonn, a dizer que o Executivo e o Judiciário obedecem à Lei e ao Direito, expressando, assim, que “Lei” e “Direito” não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a Lei, um conteúdo suplementar de sentido, ou, ainda, que esse aditamento remete, na verdade, para além da Lei, para um Direito supralegal, que sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais, como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética.<sup>65</sup>

Sendo esse o panorama atual, nos diferentes quadrantes do mundo jurídico, não seria aceitável que, no Brasil, se adotasse comportamento diverso e, na contramão da história, ficássemos apegados, anacronicamente, ao princípio da separação dos poderes em sentido forte, como se isso ainda fosse preciso, depois de superados os obstáculos com que se defrontaram os formuladores desse dogma, e consolidado o sistema de freios e contrapesos, graças a cujo funcionamento efetivo o poder controla o poder e o cidadão pode dormir em paz.

64 SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 474-492; QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003. p. 671; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UnB, 1998. p. 17-21.

65 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2012. p. 522; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 333; BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985. p. 37-43; HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. México: Unam, 2001. p. 169 e seguintes; REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 70-74; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 211-214; REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114.

Se, ainda assim, os adversários da criação judicial do direito recearem a instauração ou a reinstauração de um indesejável *governo dos juízes*, que, a ser perigoso, o será em qualquer direção, poderão esses críticos ficar sossegados, pois, se algum poder ainda se faz temido e, por isso, deve ser controlado, não é certamente o poder do juiz democrático, que desfrutava da confiança de Hamilton, mas o do monarca despótico, que assustava Montesquieu. Hoje, como ontem, o Judiciário continua a ser o mais “neutro” dos Poderes, e os juízes, os “menos perigosos” dos agentes políticos, porque não dispõem nem da *bolsa* nem da *espada* para ameaçar a liberdade dos cidadãos.<sup>66</sup>

Portanto, e noutras palavras, o de que se trata é de *reinterpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação *política* do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o *alargamento* da cidadania e a *realização* dos direitos fundamentais.<sup>67</sup>

Vistas as coisas sob essa ótica, não temos receio em dizer que aquilo que se critica, sem maior profundidade, como *ativismo judicial* — no Brasil, como alhures —, não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a indispensável e assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, completando-lhe a obra e acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo e rápido demais para reger-se por fórmulas ultrapassadas. E isso sem precisarmos apelar para os argumentos linguísticos, que, sabidamente, dão respaldo à inevitável criatividade dos intérpretes/aplicadores do direito, diante da circunstância de que as situações de fato particulares não esperam pelos juízes já separadas umas das outras e com etiquetas apostas como casos de incidência da regra geral, cuja aplicação está em causa, e tampouco essa regra geral, em si mesma, pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.<sup>68</sup>

Afinal, como assinalou Mauro Cappelletti, ao comparar os textos legais com outras *formas significativas*, e como ponderou François Rigaux, em suas reflexões sobre a *legislação judicial*, pode-se dizer que, por mais que se esforce em permanecer fiel ao seu “texto”, o intérprete/aplicador do direito será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* e a *dobrar a lei*, porque não há texto legislativo nem tampouco texto musical ou poético, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa.<sup>69</sup>

Em suma, sem a mediação dos operadores jurídicos, as situações de fato e as regras gerais não se encaixam, os textos não falam, o seu significado latente não se manifesta e o direito deixa de cumprir a sua função precípua de instrumento ordenador das relações sociais.<sup>70</sup>

Sob essa nova compreensão do papel do Judiciário como legítimo produtor de modelos jurídicos autônomos — que nem por isso configuram atos legislativos<sup>71</sup> —, pode-se dizer que, apesar do grande esforço

66 HAMILTON, Alexander. *Os juízes como guardiões da Constituição*. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984. p. 576; SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005. p. 125.

67 Cf., entre outros, CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 339-354; DJORDJEVIC, J. et al. *O papel do executivo no estado moderno*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959; BURDEAU, Georges. *O poder executivo na França*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: 1989; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993; BRITO, J. Sousa e et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

68 HART, Herbert L. H. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007. p. 139.

69 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 22; RIGAU, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p.185.

70 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 396; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2009. p. 282 e 439-441.

71 ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires:

despendido para condenar o que chamou de “ativismo na recente jurisprudência do STF”, o ilustre constitucionalista pátrio Elival da Silva Ramos parece não ter alcançado esse objetivo, na medida em que as decisões que ele apontou como ilustrativas desse suposto “mau comportamento” da nossa Excelsa Corte, em face do princípio da separação dos poderes, bem podem assimilar-se como exemplos da natural *criação judicial do direito*, tanto mais aceitáveis quanto respaldadas em argumentos que evidenciam tratar-se de soluções que, embora ousadas ou simplesmente altivas, ainda são compatíveis com o programa normativo da Constituição.<sup>72</sup>

Mesmo assim, convém ter-se presente a advertência de Karl Larenz, a nos dizer que, em princípio, os juizes — porque vinculados à lei e ao Direito —, não têm a faculdade de emitir resoluções *contra legem*, embora possam e devam promover o desenvolvimento do Direito *superador da lei*, quando assim o exijam o tráfego jurídico, a praticabilidade das normas jurídicas, a natureza das coisas e os princípios ético-jurídicos subjacentes à ordem jurídica no seu conjunto. Mas tudo isso sem ultrapassar o limite da sua competência, que, em concreto, nem sempre é facilmente cognoscível. Caso contrário, as suas decisões correm o risco de ser interpretadas como tomada de partido ante as divergências de opiniões políticas e já não serem aceitas como enunciados fundados no Direito, como *considerações especificamente jurídicas*.<sup>73</sup>

Finalmente, mas antes de encerrar, uma observação que normalmente não ocorre nem aos defensores, nem, obviamente, aos detratores do ativismo *judicial*: a criação judicial do direito, aplaudida por uns e mal-sinada por outros, não constitui ato solitário e, tampouco, espontâneo dos juizes e tribunais, no exercício da jurisdição. Pelo contrário, configura *ato complexo* e instigado *de fora*, ato que se produz no âmbito de um processo dialético, do qual participam múltiplos personagens, embora, no conjunto, ganhe relevo a figura do julgador porque a ele compete a palavra final, a sentença que põe termo ao *conflito de interpretações* em que consiste a realização judicial do direito.<sup>74</sup>

Com efeito, não podendo agir de ofício, antes dependendo da provocação de terceiros — e esta é uma das *virtudes passivas* do processo jurisdicional, exaltadas por Cappelletti<sup>75</sup> —, mas, quando acionado, tendo de decidir sempre, nos limites da lide e de modo a convencer do acerto das suas decisões não apenas a si mesmo, mas também as partes e a comunidade, que o investiu no poder de julgar<sup>76</sup>, por tudo isso se pode dizer que o juiz é um servidor da Justiça, que, embora pareça livre para *dizer o direito*, a rigor movimenta-se num espaço de decisão delimitado por normas cogentes, que vão desde os dispositivos constitucionais, que estruturam o Poder Judiciário e o *devido processo legal*, até os preceitos legais e regimentais, que ordenam processos e procedimentos, o que, tudo somado, faz do *discurso jurídico* — do qual o discurso judicial é apenas uma das suas modalidades —, um caso especial do discurso prático geral.<sup>77</sup> Por essa razão há o reconhecimento de que os juizes não se arrogam faculdades de que não dispõem, antes simplesmente exercem as suas funções de acordo com as normas do sistema em que atuam; e tampouco decidem contra as suas próprias convic-

Editorial Astrea, 1998. p. 136.

72 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 226-267, onde o autor comenta tais decisões do STF, sob os seguintes títulos; *a aplicação irrefletida da modulação dos efeitos temporais; a construção pretoriana da perda de mandato por desfiliação partidária; a restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança; e a implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada*. LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 163-198.

73 LARENZ Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2009. p. 606-610.

74 RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto-Portugal: RÉ-S-Editora, 1989. p. 206.

75 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 73-81.

76 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 333 e 661-662, nota 17; e MACHADO NETO, A. L. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 40-41.

77 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 34 e *passim*; REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 244: “Em todo o seu processo mental, de cuja eficiência depende o valor real da sua jurisdição, o juiz não é, com efeito, *nem absolutamente necessitado*, — pois em tal caso não teria problema algum a resolver, e por conseguinte, nenhum ato de inteligência lhe caberia desenvolver, — *nem absolutamente livre*, visto como em tal hipótese não se lhe apresentaria, de igual modo, nenhum problema, não podendo ele, em virtude do mesmo pressuposto, encontrar qualquer obstáculo.” (Transcrição feita, por Miguel Reale, da obra *La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione*, de Guido Calogero. Pádua, 1937, p. 99).

ções, pois se o fizessem a sua conduta seria de todo injustificável.<sup>78</sup> Em suma, conquanto pareça livre para dizer o direito, em verdade, o juiz prolata a sua decisão como a única possível diante dos aspectos fáticos e axiológicos que permeiam a causa sob sua apreciação.

De outro lado, se tivermos presente que a relação processual não se instaura de ofício nem se desenvolve livremente, antes se desenrola no âmbito de um modelo discursivo regrado — cujas normas enlaçam e integram, compulsoriamente, todos os sujeitos, condutas, fases e atos processuais —, se atentarmos para isso, o que se rotula, negativamente, de criação *judicial* do direito, em verdade, não merece censura, pois não implica nenhum extravasamento de poder, nem constitui obra exclusiva de juízes e tribunais, sendo, isso sim, a *grand finale* de uma peça dramática de extração social, que é escrita pelo legislador, mas cuja montagem e encenação o sistema jurídico confia a outros personagens — atores e figurantes —, aos quais, indistintamente, nós chamamos de agentes da realização judicial do direito.<sup>79</sup>

Se, ademais, concordarmos com Habermas quando ele diz que *todas* as argumentações — quer elas tenham por objeto questões de direito ou de moral, hipóteses científicas ou obras de arte —, exigem *a mesma* forma de organização básica de uma *busca cooperativa* da verdade, então se tornará evidente que também o discurso judicial deva desenvolver-se sob essa forma e com idêntico propósito, ainda que a motivação real das partes litigantes seja a obtenção de *decisões fundamentadas* ou *deliberações pertinentes*, que lhes sejam vantagens<sup>80</sup>, o que, de outro lado, vale como advertência para que os seus advogados, mesmo raciocinando sobre os fatos e normas *antes* dos juízes e tribunais, nem por isso desenvolvam argumentos carentes de sustentação.<sup>81</sup>

Em suma, na medida em que devem veicular as suas pretensões em conformidade com as *regras do jogo*, mesmo pugnando entre si e agindo sob a lógica da *conclusão desejada*, são os participantes do debate judicial que, de fato, *viabilizam* esse jogo e *concorrem* para o seu desfecho jurídico, que outro não é senão o ato decisório pelo qual — em nome de toda a sociedade —, o julgador não apenas *soluciona* como também *termina* os conflitos, impedindo que eles prossigam ou se renovem.<sup>82</sup> Por isso, temos afirmado, com insistência quase obsessiva, que as decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou emanadas de órgãos colegiados, a rigor não traduzem a vontade daqueles que as proferem — e sequer do Poder Judiciário, em qualquer das suas instâncias —, antes são expressão do *Poder Social*, nos termos em que está conformado pelas regras e princípios do ordenamento jurídico. Não por acaso a nossa Constituição proclama — em atitude de humilde reconhecimento — que *todo o poder emana do povo*, não dos seus representantes e tampouco do texto constitucional, sendo de importância secundária a referência ao modo como o povo o exercerá, seja diretamente ou por meio dos delegados que eleger.

## 7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, sobretudo do reconhecimento de que “o juiz, esse *ente inanimado*, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional”, acreditamos poder afirmar que o chamado *ativismo judicial* — pelo menos na forma e pelos argumentos emocionais, que usualmente se utilizam para combatê-lo —, não passa de uma *expressão nova* com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a imemorial *criação judicial do*

78 SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 72-73.

79 Nessa denominação genérica estão compreendidos os juizes, advogados, membros do Ministério Público e auxiliares da Justiça, porque, no exercício das respectivas atribuições, todos colaboram para que se ultime a prestação jurisdicional.

80 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. v. 1. p. 60; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 211.

81 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 156.

82 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 163; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 289.

*direito*.<sup>83</sup> Nada mais do que isso.

## REFERÊNCIAS

- BELAÏD, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: L.G.D.J., 1974.
- BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *A interpretação como parte integrante do processo legislativo*. In: Revista do Serviço Público, Ano V, dezembro de 1942, Vol. IV-N.3, p. 121/127.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. *Los jueces crean derecho*. In: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4ª edição, 1994.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora Podivm, 2011.
- LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris: Marcel Giard, 1921.
- LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945.
- ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- PINTO, Roger. *La Cour suprême et le New Deal: jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis (1935-1936) et réforme du pouvoir judiciaire (1936-1937)*. Paris: Recueil Sirey, 1938.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva: 2010.
- RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

83 Sobre a criação judicial do direito, adaptando a lei às transformações sociais na Roma antiga, ver VON IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Madrid: Casa Editorial Bailly Baillere, 1892. v. 2. p. 74-75, VON IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Madrid: Casa Editorial Bailly Baillere, 1892. v. 3. p. 147-178, especialmente estas duas passagens, *verbis*: “Com a interpretação propriamente dita das disposições da lei, a jurisprudência soube satisfazer as necessidades crescentes da vida e manter a lei à altura dos progressos do tempo”; “[...] a jurisprudência antiga, apesar do caráter rigoroso da interpretação literal, recusava apegar-se de modo absoluto ao texto da lei. Sob essa relação, quase se poderia dizer que ela tinha mais liberdade do que a jurisprudência atual [...]”; “a jurisprudência antiga, com efeito, não se limitava a explicar o conteúdo da lei, antes a interpretava conforme resolvia fazê-lo e, submetendo-se aparentemente à lei, em verdade colocava-se fora dela.”

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.