

**CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E HERMENÊUTICA: NOVAS
PERSPECTIVAS, VELHAS DÚVIDAS E O POSITIVISMO (SOLIPSISTA) QUE
ANIMA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

**CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AND HERMENEUTICS: NEW
PERSPECTIVES, OLD QUESTIONS AND THE POSITIVISM (SOLIPSISTIC) THAT
ANIMATES THE JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL**

Tássia A. Gervasoni*

Iuri Bolesina**

Resumo: O reconhecimento de uma dimensão produtiva/criativa da atividade interpretativa jurisdicional, possibilitado pela mudança de paradigma advinda com o giro linguístico-ontológico, ao invés de seguir nas linhas sustentadas pela hermenêutica tem rumado, muitas vezes, na direção contrária, reanimando postulados positivistas e apostando na discricionariedade judicial. Surgido desse contexto, o denominado ativismo judicial seja talvez o debate mais polêmico em termos de Constitucionalismo Contemporâneo, pelo menos no Brasil. Examinar esse emaranhado de novos conceitos e concepções que chega com força ao século XXI – o que é, afinal, Constitucionalismo Contemporâneo, ativismo judicial, e qual o lugar da interpretação no direito diante de tudo isso? – são os objetivos do presente trabalho, que se utiliza do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento histórico e a técnica de pesquisa da documentação indireta, além de verificação jurisprudencial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Constitucionalismo Contemporâneo. Hermenêutica. Positivismo. Solipsismo.

Abstract: The recognition of a productive / creative dimension of judicial interpretative activity, made possible by the paradigm shift arising with the linguistic-ontological turning, instead of following the lines supported by hermeneutics has going often in the opposite direction, reviving positivist postulates and betting on judicial discretion. Emerged this context, the so-called judicial activism is perhaps the most controversial debate in terms of Contemporary Constitutionalism, at least in Brazil. Examining this tangle of new concepts and designs that arrives with the force XXI century – which is, after all, Contemporary Constitutionalism, judicial activism, and what the place of interpretation in law before all this? – is the purposes of this study, which uses the deductive approach method, the historical procedure method and research technique of indirect documentation.

* Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Bolsista CAPES (PDSE – Proc. nº 12673-13-7). Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Estado e Constituição” e “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculados ao CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: tassia.gervasoni@gmail.com

** Doutorando e Mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Professor das disciplinas de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito. E-mail: iuribolesina@gmail.com

Keywords: Judicial Activism. Contemporary Constitutionalism. Hermeneutics. Positivism. Solipsism.

1 Introdução

O contexto pós-segunda grande guerra, de modo geral, é o ponto de partida do que se habitou a chamar de neoconstitucionalismo. Apesar de se tratar de uma designação ampla, de contemplar um ideário relativamente difuso e de não encontrar na doutrina um conceito uníssono, algumas características são indissociáveis desse aporte teórico.

Como a reformulação da visão acerca das Constituições, por exemplo, recrudescidas enquanto documentos jurídico-políticos e, sobretudo, enquanto guardiãs dos mais caros valores da sociedade que constituem, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, consagrada na formação dos Estados Democráticos de Direito.

Enfim, riquíssima é essa história e seu legado. Mas dentre essas novas perspectivas que se apresentam em meados do século XX, velhas dúvidas e discussões persistem quanto ao lugar da interpretação no direito.

Nesse sentido, a mudança de paradigma operada pela hermenêutica e pelo giro linguístico-ontológico tem gerado algumas confusões no Brasil. O reconhecimento de uma dimensão produtiva/criativa da atividade interpretativa jurisdicional, ao invés de seguir nas linhas sustentadas pela hermenêutica ruma, muitas vezes, na direção contrária, reanimando os postulados positivistas e apostando naquilo que é uma de suas principais características: a discricionariedade judicial. Uma das novidades que se soma a esse quadro, o denominado ativismo judicial, seja talvez o debate mais polêmico em termos de Constitucionalismo Contemporâneo, pelo menos no Brasil.

No que consiste esse emaranhado de novos conceitos e concepções que chega com força ao século XXI, o que é, afinal, Constitucionalismo Contemporâneo, ativismo judicial, e qual o lugar da interpretação no direito diante de tudo isso? São esses questionamentos que moverão as páginas seguintes.

Para tanto, serão perseguidos como objetivos específicos (a) o delineamento do que se pode designar e compreender por Constitucionalismo Contemporâneo na esteira evolutiva da interpretação constitucional, perpassada pelo ideário positivista, até o (b) desvelamento do sujeito solipsista (e positivista) que persiste ocupando destacadas posições no cenário brasileiro, o que será demonstrado a partir da análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Visando esse propósito será utilizada a seguinte metodologia: método de abordagem dedutivo, partindo da análise de elementos fundamentais à pesquisa (concepções doutrinárias gerais) e, em seguida, particularizando da abordagem; método de procedimento histórico, analisando-se os fatores que contribuíram para a consolidação dos aspectos abordados, sua evolução e reflexos quanto aos problemas da interpretação investigados; técnica de pesquisa de documentação indireta, por intermédio da pesquisa bibliográfica, como a consulta em livros e periódicos, o que permitirá o estudo nos termos propostos, além da verificação jurisprudencial.

2 Constitucionalismo Contemporâneo e Hermenêutica: perspectivas evolutivas da interpretação constitucional – a superação do paradigma positivista (?)

A positivação do direito mudou radicalmente a relação entre direito e política predominante até então. A concepção de que o direito poderia ser feito, ou seja, produzido racionalmente, era geralmente estranha às sociedades mais antigas, nas quais direito e justiça eram coincidentes e, portanto, o direito dominava a política. Quando o direito se torna, então, algo factível e que podia ser instituído como instrumento para fins políticos, inverte-se essa “hierarquia” e a política passa a situar-se acima do direito, por conferi-lhe conteúdo e validade. No entanto, com isso, surgiu o problema da justiça, já que o direito estabelecido politicamente, sem vinculação a princípios preestabelecidos, não trazia nenhuma garantia de exatidão em si. Por conseguinte, à positivação do direito seguiu-se logo a tentativa de religar a legislação a princípios superiores (GRIMM, 2006, p. 4-8, passim). Apesar de que este fundamento não cabe mais ao Direito, mas sim à Filosofia do Direito (o Direito passa a ser eminentemente positivo, sendo que a preocupação com seus fundamentos e justiça reside em outras ciências).

A derrocada do positivismo jurídico, anteriormente analisada, também reflete esse aspecto. Na verdade, o atual modelo constitucional é resultado de uma série de transformações ocorridas no tempo.

Quando se fala na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, quer-se dizer que esse fenômeno proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, marcados pela existência de Constituições “extremamente embebedoras”, invasoras, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e até mesmo influenciar diretamente as relações sociais (especialmente em função da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais).

Esse triunfo do neoconstitucionalismo sobre o positivismo implica também um salto sobre as concepções hermenêuticas que tomam o processo interpretativo como “extração do sentido exato da norma” pelo intérprete (como se fosse possível isolar a norma de sua concretização) (STRECK, 2005, p. 25-26).¹

Consideráveis têm sido os estudos acerca do que o termo “neoconstitucionalismo” designa.² Em contorno amplo, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo constitui o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra e que é instituído pelo Estado Democrático (e Social) de Direito (STRECK, 2005. p. 26-25, *passim*).

Na verdade, embora num primeiro momento tenha sido estratégica a importação do termo no Brasil, designando um constitucionalismo compromissário, dirigente e viabilizador de um regime democrático (especialmente considerando o constitucionalismo de feições liberais que se tinha, simulacro de regimes autoritários), atualmente o termo pode levar a equívocos. Quem desenvolve essa crítica e propõe a designação “Constitucionalismo Contemporâneo” para identificar esse conjunto de ideias que se desenvolve originalmente no pós-guerra e chega aos dias atuais é Streck, conforme se pode acompanhar da lição transcrita:

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleojuspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, a Jurisprudência dos Valores. Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Assim, **reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição.** Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar **Constitucionalismo Contemporâneo** (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*. (2011. p. 36-37) [grifo nosso]

Esse novo constitucionalismo é marcado por pelo menos três aspectos que provocaram modificações profundas no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista: pela teoria das fontes (a lei já não é a única fonte, aparecendo a própria

¹ O autor ressalva a existência de autores, renomados, inclusive, que continuam a sustentar a resistência do positivismo, embora discorde de tal posição.

² Ver, por exemplo: CRUZ, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, 2006.

Constituição como auto-aplicativa, valendo a menção de que esta ampliação das fontes não é necessariamente própria do neoconstitucionalismo, pois já aparece, na década de 1920, no pensamento do constitucionalismo material de Smend e Heller acerca da República de Weimar, por exemplo); pela substancial alteração da teoria da norma (em face do surgimento dos princípios, a incidir também na teoria das fontes); e, por fim, pela interpretação (da incidibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo surge do que se convencionou chamar de giro linguístico-hermenêutico, proporcionando um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo) (STRECK, 2005, p. 25).

O giro linguístico-hermenêutico, ou giro linguístico-ontológico, “[...] operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica. A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e um objeto, recebe o *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo” (STRECK, 2005, p. 22). Além disso, cumpre referir que “a nova hermenêutica constitucional, por sua vez, tem sido grandemente influenciada pela hermenêutica alinhada ao pensamento de Heidegger e Gadamer” (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 44).

Martin Heidegger, nascido em Messkirch, na Alemanha, em 1889, e falecido em Freiburg, no ano de 1976, fundador da Fenomenologia, é considerado um dos pensadores mais fundamentais do século XX (HEIDEGGER, 2009a). Dentre suas obras mais marcantes e influentes, sem dúvida encontra-se *Ser e Tempo* (1927) (HEIDEGGER, 2009b), que promove uma virada e inaugura um novo paradigma para a filosofia, sendo recebida como um obra de profundas rupturas e críticas pelos seus contemporâneos (STEIN, 2008, p. 10-11).

Se Schleiermacher havia liberado a hermenêutica de suas amarras com a leitura bíblica, Gadamer a liberou da alienação estética e histórica (para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana), sendo Heidegger o corifeo dessa postura que se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (ser-aí), realocando a questão do ser e reformulando completamente a Ontologia. Com Heidegger a hermenêutica deixa de ser normativa e passa, finalmente, a ser filosófica (STRECK, 2001, p. 169-170).

A fenomenologia de Heidegger acrescenta um aspecto prático para a filosofia trazido pela sua hermenêutica, “na medida em que descreve o ser humano como ser-no-mundo que desde sempre já se compreende a si mesmo no mundo, mas só se compreende a si mesmo no mundo porque já antecipou sempre uma compreensão do ser.” (STEIN, 2004, p. 65-66).

Nas palavras de lucidez privilegiada de Stein,

Antes a hermenêutica era o compreender de textos, compreender de determinados universos culturais, era, no fundo, um interpretar que tratava de objetos. Agora o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender no mundo, mas de um mundo como um continente de conteúdos, mas de um mundo que é a própria transcendência. Este mundo ao mesmo tempo somos nós e projetamos sobre tudo o que se deve dar. Assim vai-se formar a chamada estrutura da circularidade, isto quer dizer, na medida em que já sempre somos mundo e ao mesmo tempo projetamos mundo. Estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos (2004, p. 65-66). [grifo nosso]

Por sua vez, Hans-Georg Gadamer, famoso discípulo de Heidegger, nascido em Marburgo, Alemanha, em 1900, e falecido em março de 2002, é também considerado um dos mais importantes filósofos do século XX. Uma de suas principais e mais conhecidas obras é, sem dúvida, *Verdade e Método* (1960) (GADAMER, 2002), em dois volumes, na qual o filósofo alemão aprofunda e apresenta uma das teses mais marcantes da filosofia contemporânea (ROHDEN, 2008, p. 21-23).

Impossível, neste curto espaço, mencionar os grandes feitos de mentes tão iluminadas. Nesse sentido, cumpre destacar, em especial, ao primeiro desses mencionados pensadores a noção de pré-compreensão necessária ao entendimento e, ao segundo, a extinção da dicotomia sujeito-objeto que tinha a linguagem como terceira coisa interposta. Conforme a doutrina, “[...] o que deve ser ressaltado na teoria gadameriana é o primado da linguagem e a contribuição para o avanço do que se convencionou chamar de giro lingüístico da filosofia ocorrida no século XX.” (STRECK, 2001, p. 185).³

A partir disso, destacam-se alguns fatores essenciais à atribuição de uma nova configuração, também, à Constituição, em virtude de que o giro hermenêutico favorece uma atuação interpretativa: trata-se do caráter principiológico, da consideração dos direitos fundamentais constitucionalizados como universais e invioláveis, vinculantes, inclusive, do legislador e, ainda, da superação do simples critério da maioria (protegendo-se também o direito das minorias). Assim, a Constituição, carente de concretização em face da realidade, demanda uma atividade criativa por parte dos Tribunais (e aí reside uma virada na questão da interpretação constitucional), de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos, especialmente quando em conflito com outros direitos igualmente fundamentais, pois não há uma resposta pronta e acabada (LEAL, 2007, p. 51-54, passim).

³ “A virada hermenêutica epistemológica, isto é, da moderna à ontológica, expressa-se no termo e significado do *hermeneutic turn*, iniciado por Heidegger como hermenêutica da facticidade enquanto filosofia hermenêutica e levada adiante por Gadamer enquanto hermenêutica filosófica”. Conforme ROHDEN, 2003, p. 65.

Essa noção de Constituição aberta parte, ainda, do pressuposto de que a diferenciação social e o pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea, razão pela qual, num contexto de conflitividade política e social não seria razoável tomar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado. Assim, a interpretação passa a ser caracterizada pela necessidade permanente de integração entre texto normativo e realidade, estabelecendo-se uma distinção semântica entre texto e norma, sendo esta última concebida como o resultado da interpretação do primeiro, considerado em sua relação com os fatos do mundo que o cerca (LEAL, 2007, p. 56-57).

De qualquer forma, também as peculiaridades do texto constitucional interferem, diretamente, na sua interpretação. Apontam-se, nesse sentido, alguns traços marcantes do texto constitucional: incorporam a ordem fundamental, organizativa e material do Estado e da “vida constitucional”; vem amiúde formulado de forma aberta, indeterminada e incompleta; determina o acontecer político; comporta consequências para a jurisprudência infra-constitucional; é confiado, na sua “interpretação vinculante”, em última instância, a uma jurisdição de tipo especial (QUEIROZ, 2009, p. 131-133).

Também pela função que exerce no sistema democrático, servindo de base argumentativa para uma imensa gama de casos, o texto constitucional tende a parecer mais geral e, assim, mais vago e ambíguo do que outros textos jurídicos, sendo que o último plano para fixar-lhe um conteúdo específico (e, por extensão, de qualquer outro texto normativo), transformando-os em norma jurídica, é do tribunal, dos juízes, que eliminam a discutibilidade do conflito ao fazerem a coisa julgada – (embora não só os juízes, mas também os legisladores tenham um papel interessante neste contexto) (ADEODATO, 2009, p. 140-141).

Cumprir deixar assentado que a opção pela matriz hermenêutica impede que se a considere necessária (apenas) em razão da positivação de princípios e valores na Constituição (como, inclusive, levam a crer alguns aportes doutrinários conhecidos), já que o caráter hermenêutico do Direito não depende de uma (suposta) vagueza/ambiguidade/abertura intrínseca a determinado texto. Isso implicaria em compreender a hermenêutica (ainda) como uma mera técnica ou método de interpretação, ou seja, como “aquela terceira coisa” interposta entre o sujeito e o objeto, visão que referida matriz vem justamente superar.⁴

Nesse momento, algumas distinções fundamentais, pelas quais se pauta, inclusive, a matriz hermenêutica, devem de ser iniciadas para que não se comprometa, adiante, o

⁴ Nesse sentido, conferir crítica em STRECK, 2010.

fechamento do raciocínio que se tem a pretensão de concluir de forma clara quanto à questão da interpretação.

Trata-se da devida diferenciação entre texto normativo e norma, elemento que requer, aqui, especial atenção, mormente pelas implicações que gera na noção de interpretação havida da hermenêutica, além dos próprios questionamentos acerca do que é, afinal, interpretar.⁵

Partindo da constatação de que texto e norma não se identificam, a hermenêutica, ao negar as concepções tradicionais de que a interpretação do direito seria mera reconstrução do pensamento do legislador (ou “descoberta” do sentido do texto já preexistente), considera que a norma jurídica é produzida pelo intérprete, sendo sua construção. Assim, a tarefa do legislador se esgota na produção do texto, no entanto, quem produz a norma é o intérprete, por meio da interação de seu texto com a realidade. A norma é, portanto, o resultado, o produto da interpretação (GRAU, 2008, p. 283).

A partir de uma interessante metáfora, Grau exemplifica o argumento segundo o qual a norma é produzida pela interpretação, explicitando, ademais, as razões pelas quais o direito é alográfico, nos seguintes termos:

A pauta da Sexta Sinfonia de Beethoven, lida por quem não conhece música, não significa absolutamente coisa nenhuma. Daí que, no que tange às artes alográficas, é necessária a mediação de um intérprete que transforme um texto em outro texto, este segundo texto então ser fruído, produzindo satisfação estética. O que pretendo dizer é que o Direto é alográfico. Porque a norma, o sentido expressado pelo texto, é algo que se obtém mediante a intermediação de um intérprete (2008, p. 283).⁶

⁵ Discorrendo sobre “el primer lugar de la interpretación” e, de certa forma, no que ela consiste, RICOEUR, 2001, p. 72-73: “El primer sitio que la hermenenêutica se propone delimitar es, seguramente, el lenguaje, y más particularmente el lenguaje escrito. Es importante pues precisar por qué la hermenêutica tiene una relación privilegiada con las cuestiones lingüísticas. Basta, a mi juicio, con partir de una característica notoria de las lenguas naturales, que exige un trabajo de interpretación en el nivel más elemental y más trivial de la conversación: la polisemia, que es esa capacidad de las palabras de tener más de un significado cuando se las considera independientemente de su uso en un contexto determinado. [...] Lo que me interesa es que la polisemia de las palabras exige como contrapartida el papel selectivo de los contextos para poder determinar el valor actual que toman las palabras en un mensaje determinado, dirigido por um hablante preciso, a un oyente ubicado en una situación particular. La dependencia del contexto es el complemento necesario y la contrapartida ineluctable de la polisemia. Pero el manejo de los contextos, a su vez, pone en juego una actividad de discernimiento que se ejerce en un intercambio concreto de mensajes entre los interlocutores y cuyo modelo es el juego de pregunta y respuestas. Esta actividad de discernimiento es justamente la interpretación, que consiste en reconocer qué mensaje relativamente unívoco ha construido el hablante sobre la base polisémica del léxico común.” Para GRAU, 2008, p. 284: “A interpretação é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas, de textos, enunciados, preceitos, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. Que dizer, é meio através do qual o intérprete desvenda as normas que estão contidas nas disposições. Qual intérprete? O autêntico. Apenas ele, o juiz. [...] Os demais intérpretes apenas colaboram. Fala-se hoje até mesmo em uma comunidade dos intérpretes. São apenas pessoas que dão opiniões. Efetivamente, quem produz a norma é o intérprete autêntico.”

⁶ Conferir mais sobre o tema e as considerações desse autor em GRAU, 2006.

Aqui, mais uma vez, fica explícita a influência da hermenêutica filosófica gadameriana para as concepções contemporâneas, tanto por reconhecer-se a dimensão produtiva (e não meramente reprodutiva) da atividade interpretativa quanto por denunciar fatores de influência que podem ser determinantes em relação ao intérprete, como explica Lucas:

É importante notar que a interpretação, para Gadamer, tem sempre uma dimensão produtiva, isto é, não existe reprodução de sentido. O intérprete compreende sempre a partir de sua posição no mundo, de sua tradição e de seu horizonte histórico. A compreensão não se dá da mesma forma para pessoas diferentes, pois toda relação do homem com o mundo é histórica e, por isso, tomada de lugares e tradições distintas. O homem é um ser no mundo que é capaz de compreender apenas a partir de sua historicidade, de sua pertença a uma tradição. Por essa razão, antes de interpretar o homem precisa compreender, pois apenas pela compreensão as coisas lhe farão algum sentido, uma vez que somente pelos pré-juízos apresentados pela tradição é que o intérprete poderá acessar as coisas como elas são (2007, p. 47).

Além disso, “com a crescente complexidade social, o texto e a norma estão cada vez mais claramente distintos, isto é, ocorre uma maior dissociação entre texto ‘original’ e conseqüentes desdobramentos”, razão pela qual é crescente a importância do caso concreto e do estabelecimento de conexões com os textos e procedimentos previamente estabelecidos. Evidentemente que, em uma sociedade mais simples, com um direito menos complexo, nos moldes da que os positivistas exegetas tentavam descrever, por exemplo, há maiores possibilidades de “acordo” acerca da conotação e da denotação do texto diante do caso concreto. Hodiernamente, na sociedade complexa contemporânea, a variabilidade é bem maior, seja em relação aos utentes (sujeitos do discurso), seja em relação aos contextos dos fatos jurídicos (ADEODATO, 2009, p. 197-198).

Em termos de jurisdição, diante desse problema, há quem defenda e busque um terceiro caminho entre as concepções subsuntivistas (ou silogísticas) e casuísticas, partindo-se da ideia de que a norma é produzida por um processo complexo, abrangendo muito mais do que aquilo que está no texto da Constituição e das leis em geral. Contudo, o texto da norma fixa os pontos de partida para a sua criação concreta, ou seja, o texto limita a concretização e não permite que se decida em qualquer direção. Ademais, a realidade assume aqui uma função importante, por estar em constante inter-relação com o texto e, exatamente esta inter-relação, mais ou menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica (ADEODATO, 2009, p. 198).

Nesse contexto, em relação especificamente à jurisdição constitucional brasileira, é tecida por Adeodato a seguinte crítica:

A estratégia discursiva jurídica tem sido de reificação, isto é, os textos parecem entendidos como meros descritores de ‘coisas’ (‘natureza jurídica’ disso ou daquilo) e não como parte de procedimentos jurídicos em construção. A estratégia política do judiciário tem sido casuística, na medida em que as fundamentações têm variado a ponto de ser difícil seguir um vetor qualquer de racionalidade para unificação da jurisprudência em geral, aí incluída a jurisdição constitucional. [...] O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: **o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como um ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuísmo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica.** Essa jurisdição vem constituindo a parte mais significativa da retórica constitucional no Brasil (2009, p. 211). [grifamos]

Outro aspecto importante da distinção entre texto e norma reside no fato de que essa separação confere temporalidade ao Direito. “Negar essa diferença é acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo.” Isso porque não é possível reproduzirem-se sentidos como se estes fossem algo que pudesse ser arrancado dos textos. “Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitados os conteúdos de base do texto.” (STRECK, 2005, p. 29).

Em outras palavras, “[...] a equiparação entre texto e norma retira a temporalidade do direito.” (ADEODATO, 2009, p. 210).

Daí que a distinção entre texto e norma (devido à nova hermenêutica) acresce-se de importância, pois permite ao intérprete aproximar as normas (compreendidas como resultado da interpretação que se faz a partir do texto) da realidade e inseri-las no tempo. Em outras palavras, é conferida ao intérprete a competência para que adapte e integre a norma no tempo sem a necessidade de que se altere, portanto, o texto constitucional.⁷

Essa distinção, ademais, é o ponto de partida para outro ponto caro à hermenêutica, que diz respeito à dimensão criativa do intérprete e à incidência entre interpretação e aplicação do Direito.

Como contributo específico à hermenêutica jurídica, “Gadamer rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do Direito. Diz que é uma ficção insustentável a

⁷ DUARTE; VIEIRA, 2005. p. 3-11. Anotam os autores que “fortalecida pelo seu potencial não só organizador-institucional, mas sobretudo propositivo em relação à mesma realidade condicionante e condicionada sobre a qual pretende incidir, a constituição se põe como elemento fundamental a conferir forma e modificação a realidade.” Além disso, apresentam um modelo teórico baseado no direito norte-americano que sustenta e legitima a nova ordem constitucional como fruto de mudança, possibilitando ao direito constitucional brasileiro afastar-se do que chamam de uma perspectiva positivista mitigada, no sentido de que toda e qualquer modificação no cenário político, econômico ou mesmo outros deva ser necessariamente traduzida em mudança formal no texto constitucional (fala-se em inflação desmedida de produção legislativa no terreno das Emendas Constitucionais).

concepção de que é possível o intérprete se equiparar ao leitor originário” (em mais um ponto de crítica a Schleiermacher). O filósofo alemão acentua a interpretação da lei como uma tarefa criativa (STRECK, 2001, p. 185-186).

Até mesmo como corolário da segunda anotação que aqui se impõe: sendo concomitante à aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do Direito. Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente (GRAU, 2006, p. 35).

Essa cisão é herança do pensamento analítico e formalista do positivismo jurídico, não subsistindo (ou pelo menos não deveria) ao giro hermenêutico-ontológico.

Em tempos de viragem hermenêutica, rompe-se como esse antigo paradigma agarrado a métodos (sempre atrasados). “Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica.” Isso significa que não mais se interpreta para compreender e, sim, compreende-se para interpretar. Destarte, a hermenêutica não é mais reprodutiva, mas produtiva. “A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.” (STRECK, 2010, p. 75).

Todavia, essa mudança de paradigma tem gerado algumas confusões no Brasil. O reconhecimento de uma dimensão produtiva/criativa da atividade interpretativa jurisdicional, ao invés de seguir nas linhas sustentadas pela hermenêutica ruma, muitas vezes, na contramão, reanimando os postulados positivistas e apostando naquilo que é uma de suas principais características: a discricionariedade judicial. Esse traço se alinha a outra recepção equivocada que aqui se fez, a noção de ativismo judicial, desenhando uma realidade, no mínimo, alarmante.

3 O sujeito (solipsista) que anima o ativismo em *terrae brasilis* – sobre como o positivismo jurídico resiste (?) – análise de julgamentos do Supremo Tribunal Federal

A expressão ativismo judicial costuma ter sua origem associada às práticas jurisdicionais dos Estados Unidos, especialmente para descrever a atuação da Suprema Corte durante a presidência de Earl Warren (1953-1969).

Conta-se que em pleno exercício de seu terceiro mandato como governador da Califórnia, Earl Warren foi nomeado *Chief-Justice* pelo então Presidente Eisenhower. Eisenhower, embora reconhecesse a importância da nomeação, não mensurava a verdadeira relevância do cargo (vindo inclusive a afirmar, anos depois, segundo alguns relatos, que a nomeação de Warren teria sido o seu pior erro). Quanto aos comentários da imprensa e dos ataques de extremistas de esquerda e de direita, dos mais variados, curiosamente nenhuma

referência aos onze anos de Warren como governador que se prestasse à tentativa de antecipar seu posicionamento à frente da Suprema Corte (sendo que seu governo se caracterizava, sobretudo, pela consciência do dever do Estado de melhorar a condição de seu povo). Apenas sete meses e meio depois da posse do *Chief-Justice* veio à luz uma revolucionária decisão, equivalente a uma proclamação de igualdade racial que iria levar, gradualmente, à supressão da base legal do racismo nos Estados Unidos (caso *Brown vs. Board of Education*). Essa decisão foi seguida de outras de igual valor, de modo que a Corte Warren finalmente obrigou a sociedade norte-americana a enfrentar problemas básicos até então convenientemente ignorados, tornando-se foco de progressivas reformas (RODRIGUES, 1991, p. 32-39).⁸

Esquece-se de mencionar, contudo, na versão tupiniquim, que o resultado da Corte Warren se deve muito mais a concepções pessoais de um certo número de juízes do que um *sentimento constitucional* generalizado. Assim como não se cogita que, na experiência norte-americana, o ativismo judicial foi, inicialmente, feito às avessas do que aqui se o considera hoje, basta lembrar a postura da Suprema Corte com relação ao *New Deal*, que apegada aos postulados do liberalismo econômico barrou diversas medidas intervencionistas propostas pelo governo Roosevelt (STRECK, 2011, p. 51).

Nesse sentido, assinala-se a crítica e o esforço de Tushnet em demonstrar como o conceito de “ativismo” é vazio de conteúdo, sendo de difícil especificação e que, de qualquer forma, não necessariamente guarda relação com um caráter liberal ou conservador (ou mesmo progressista) de atuação da Corte. Além disso, o conceito apenas poderá ser especificado se restarem bem claras as bases (aspectos) pelas quais está sendo analisado e medido. Mais precisamente, a utilização do conceito exige que se especifique a linha de base contra a qual o “ativismo” será medido, mesmo sendo provável que tais linhas sejam controversas (ou até mesmo impossíveis). Seja como for, importa destacar que o conteúdo (valência) político das decisões judiciais não pode ser essa linha de base, entre outras razões, porque, por exemplo, um liberal considera a invalidação de uma lei conservadora a aplicação correta da

⁸ E acrescenta a autora: “Sem o entrave de um tecnicismo exacerbado e sem dúvidas refinadas sobre os limites do poder judicial, Warren viu sempre a Suprema Corte como um verdadeiro centro de poder, que poderia, através de suas decisões constitucionais, forçar a mudança de rumos nos Estados Unidos, libertar forças sociais progressistas e melhorar a sorte do homem comum. Pragmaticamente, sem dar maior importância à antiga querela do federalismo e dos direitos dos Estados, Earl Warren e a Corte por ele liderada forçaram os Estados a irem se conformando com a dessegregação racial, a redistribuir seus eleitores em distritos eleitorais mais equilibrados, a fim de dar menor peso ao voto rural, a adotar os padrões nacionais do processo criminal, a reconhecer a necessidade de correções no caótico e preconceituoso sistema de previdência social, a admitir uma maior liberdade de opinião e de palavra, e a aceitar os costumes de uma sociedade mais livre.” (RODRIGUES, 1991, p. 40).

Constituição, tanto quanto um conservador assim a considera em relação à invalidação de uma lei liberal (TUSHNET, 2009, p. 416-417).⁹

Em discurso proferido na George Washington University National Law Center, em março de 1992, William Wayne, juiz norte-americano considerado ativista, apresentou as duas faces do “ativismo judicial”: "jurisprudential activism" e "remedial activism". Expôs que, de um lado, este rótulo foi aplicado a decisões que, baseadas nos valores constitucionais determinados pelos juízes que julgavam casos concretos, derrubaram precedentes judiciais ou esquemas estatutários ("jurisprudential activism"). Por outro lado, o termo “ativismo judicial” foi também usado para descrever os remédios expansivos impostos pelas Cortes no caso de verificação de lesões constitucionais ("remedial activism"). As implicações institucionais e filosóficas destas duas formas de “ativismo judicial” são bastante diferentes e empregar a mesma terminologia para ambas mostra-se equivocado. Assim, Wayne refere-se às duas formas como "jurisprudential activism" e "remedial activism", respectivamente, ressaltando que a congruência de cada forma de “ativismo” com a teoria democrática depende das circunstâncias de um caso particular. A partir dessa distinção, pretende-se demonstrar que, na realidade, o que se condena como “ativismo judicial” não passa (em ambas as formas abordadas) de tradicional e inquestionável atuação jurisdicional (1992, p. 3).¹⁰

⁹ TUSHNET, 2009, p. 416-417: “A recent book describes the Supreme Court in the past few decades as the most activist Court in history. The measure of activism is the number of statutes held to be unconstitutional. Other studies define activism in terms of the willingness to overrule prior decisions. For others, activism occurs when judges depart from the Constitution’s text or original meaning. [...] In light of these diverse definitions of judicial activism, it is hardly surprising that calling a judge an activist has no necessary political valence. Consider, for example, the measure of activism as being a willingness to find statutes unconstitutional. A liberal court presented with legislation adopted by a conservative legislature would be activist if it held many of those statutes unconstitutional. A conservative court presented by legislation adopted a liberal legislature would be activist if it invalidated many of those statutes. And, even worse, a court can be activist in a liberal direction and in a conservative one essentially simultaneously. [...] These observations, which could be supplemented by many others, show that we can use the concept of judicial activism usefully only if we specify the baseline against which activism is to be measured. And, unfortunately, every proffered baseline is likely to be controversial. The political valence of judicial decisions cannot be the baseline, no merely for the reason just given, but also because liberals regard invalidations of conservative legislation as the simple and correct application of the Constitution, and because conservatives hold the same view of invalidations of liberal laws.”

¹⁰ WAYNE, 1992, p. 3: “Because my name has appeared on the ‘ten most wanted list’ of judicial activists for much of my nearly quarter-century on the bench, I have found it worthwhile to devote some thought to the essential elements of this offense. The charge of judicial activism conflates and confuses two quite distinct juridical activities. On the one hand, this label has been applied to decisions whereby judicial precedents or statutory schemes are overturned based upon the constitutional values determined by the judges considering the case. On the other hand, the term ‘judicial activism’ is used to describe the expansive remedies imposed and monitored by federal district courts pursuant to evidentiary showings of constitutional injury. The institutional and philosophical implications of these two different forms of ‘judicial activism’ are quite separate. To employ the same terminology for both is misleading. I shall refer to the two forms as ‘jurisprudential activism’ and ‘remedial activism’, respectively. This distinction is not made in an effort to brand one as illegitimate and tout the other as valid. Rather, I hope this demarcation will show that what is condemned as ‘judicial activism’, in reality, comprises two traditional and unquestionable juridical enterprises. The consistency of each form of activism with democratic theory depends entirely upon the circumstances of a particular case.”

O *jurisprudential activism* foi aplicado pela primeira vez pelo *Chief Justice* John Marshall, no paradigmático *Marbury x Madison*, segundo o autor. Em síntese, quando a visão da Corte varia, distanciando-se dos precedentes ou da visão majoritária, ou ainda quando não é ratificada pelo desenvolvimento social e doutrinário, tem sido marcada com o rótulo do “ativismo judicial” (alguns exemplos: *Dred Scott*; *Bradwell v. Illinois*). Em relação ao *remedial activism*, Wayne conta que foi nesses casos que recebeu mais críticas por estar sendo ativista, acusado até mesmo de usurpar poderes legislativos, intrometer-se em áreas para além da competência da Corte e impor suas próprias conclusões.¹¹ Discordando desse entendimento, argumenta que quando corretamente aplicado, o *remedial activism* é completamente condizente com a obrigação do juiz de determinar a existência de danos constitucionais e impor remédios apropriados. Havendo uma violação constitucional (inclusive por uma instituição estatal), há que agir na convicção de que declarar uma prática simplesmente inconstitucional não é o limite do dever de um juiz. Na missão de apoiar a Constituição, o dever do juiz é obliterar qualquer prática que lhe contrarie, devendo o fazer por qualquer meio necessário (dentro de suas funções institucionais e previsões constitucionais) (WAYNE, 1992, p. 3-8).

De todo modo, interessante anotar a conclusão de que o rótulo de “ativismo judicial” aos dois tipos de conduta jurídica discutidas é simplesmente um dispositivo retórico para um ataque mais convincente aos resultados alcançados pelo juiz, sendo preciso mais do que a invocação desse conceito para confrontar essa atuação (WAYNE, 1992, p. 14).¹²

Com efeito, pode-se concluir que, no mínimo, qualquer tentativa de definição de “ativismo judicial” (que não pretenda se posicionar a priori em relação à atuação jurisdicional e sua legitimidade) reclama uma série de delimitações conceituais anteriores, apresentando-se teoricamente limitada a sua descrição como mera atuação jurisdicional que extrapola certas linhas demarcatórias (raramente especificadas) invadindo o âmbito de atuação dos demais Poderes, sem mencionar a confusão que se faz com o conceito de judicialização da política.

¹¹ O próprio Wayne trabalha o conceito de *remedial activism* a partir de dois casos seus como exemplos: *Morales v. Turman* e *Ruiz v. Estelle*, ambos envolvendo os direitos de indivíduos encarcerados, nos quais ordenou a apresentação de planos para melhoria do tratamento e reabilitação de jovens detidos. WAYNE, 1992, p. 9.

¹² WAYNE, 1992, p. 14: “In conclusion, I believe that attaching the label of ‘judicial activism’ to the two kinds of juridical conduct I have discussed today is simply a rhetorical device to avoid making a more convincing attack on the results that the judge has reached. Those who oppose the Supreme Court’s recent reactionary jurisprudential activism, as well as its unwarranted truncation of the lower courts’ ability to ensure compliance with the Constitution, must do more than invoke the charge of ‘judicial activism.’ They must confront-and somehow refute and surmount-the mean-spirited and callous values that are being identified as constitutionally preeminent, the inadequacy of the reasons given for the selection of them, and the inconsistencies between the judiciary’s words and deeds. It is my hope that some of you in this audience will engage in that exceedingly difficult endeavor, for, right now, the constitutional guarantees of equal justice and human dignity are at stake.”

De qualquer forma, essas especificações conceituais escapam aos limites e propostas do presente trabalho.

O que se pretende chamar atenção é para a forma com que essa ideia é trabalhada no Brasil. Nesse sentido, como primeira advertência:

Já no Brasil esse tema toma ares dramáticos. Basta lembrar, nesse sentido, que *ativismo judicial* aparece como um *princípio* no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Congresso Nacional, mas a simples menção o *ativismo judicial* como um “princípio norteador” do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina (STRECK, 2011, p. 51).

Nem é preciso muito esforço na busca para encontrar autores que utilizam o termo importado como argumento para “liberar os juízes das amarras dos textos”, pois já se foi o tempo do positivismo.

Não bastasse a confusão da doutrina, a mesma lógica acaba sendo incorporado pela jurisprudência.

Observe-se, por exemplo, o julgamento que determinou a fidelidade partidária, no sentido de que a vaga no Congresso pertence ao partido político e não à pessoa do candidato (Mandados de Segurança n.º 26.602/DF, n.º 26.603/DF e n.º 26.604/DF, julgados pelo Supremo Tribunal Federal em 04 de outubro de 2007.). O Supremo Tribunal Federal simplesmente criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar.¹³

Decisão que também vem sendo enquadrada nesse plano é a do recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277/DF, que aplicou a interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723, do Código Civil, para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Trata-se de clara aplicação da Constituição a hipótese não contemplada em seu texto, na contramão da determinação expressa do legislador ordinário no sentido de reconhecer como entidade familiar a união entre homem e mulher (artigo 1.723, do Código Civil). Sem discutir os méritos e a nobreza da intenção, uma coisa não se pode negar: o

¹³ A decisão do Supremo Tribunal Federal determinou que os partidos detêm a titularidade dos mandatos obtidos pelo sistema proporcional, sujeitando à perda do cargo os deputados federais, estaduais e distritais e os vereadores que tenham saído ou saiam injustificadamente das legendas pelas quais tenham sido eleitos. A decisão foi proferida no julgamento dos Mandados de Segurança impetrados pelo Partido Popular Socialista – PPS, pelo Partido da Social-Democracia Brasileira – PSDB e pelo Democratas – DEM. O pedido mandamental fundava-se em resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n.º 1.398/DF, em 27 de março de 2007, segundo a qual os partidos têm o direito de preservar os mandatos conquistados pelo sistema proporcional. Esta última decisão estava em desacordo com a jurisprudência da Corte Constitucional, que já havia assentado o entendimento de que a troca de partido não extinguiria o direito ao mandato. Tratava-se, então, da possibilidade de perda do mandato por infidelidade partidária, hipótese não prevista no rol exaustivo do art. 55 da Constituição (embora o TSE não tivesse falasse em perda do mandato, mas apenas na titularidade desse direito, que atribuiu aos partidos políticos). BASILE, 2011, p. 1-2.

dispositivo infraconstitucional é claro ao referir “união estável entre homem e mulher”. Mas, de acordo com o Ministro Ayres Brito, Relator do processo:

[...] Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. [...] E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. p. 36-37. [...] Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico (BRASIL, 2011a, p. 21-38).

Segundo o Ministro Celso de Mello, na citada ação, o fato de as pessoas que mantêm relações homoafetivas representarem parcela minoritária da população explica a resistência das correntes majoritárias representadas no Congresso Nacional em incorporá-las como iguais (o que são, evidentemente) no sistema jurídico. Ocorre que assim consolida-se um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, comprometendo gravemente a própria legitimidade democrática do Parlamento, tendo em vista a superação da concepção de democracia que leve ao extremo a premissa majoritária.¹⁴ Esses elementos, por

¹⁴ “A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, refiro-me, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), pôs-se em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam ‘parcela minoritária (...) da população’, como esclarecem dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a existência declarada, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais. Esse aspecto da questão talvez explique a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional, opõem às propostas de incorporação, ao sistema de direito positivo, de inovações fundadas nas transformações por que passa a sociedade contemporânea. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de

sua vez, maculam de inconstitucionalidade a omissão Parlamentar, o que, segundo o Ministro, justifica eventual ativismo judicial, enquanto comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, diante da necessidade de fazer prevalecer a Constituição, não raro transgredida e desrespeitada por simples omissão dos poderes públicos. Quase como que atenuando essa colocação, o julgador pondera que, na realidade, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada por essa inércia, nada mais faz o Supremo Tribunal Federal senão cumprir a sua missão e demonstrar seu respeito incondicional à Constituição. Ditas práticas de ativismo judicial (adotadas modernamente pela Corte, ainda que em momentos excepcionais, admite o Ministro), portanto, tornam-se uma necessidade institucional quando o Poder Público se omite ou retarda, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que está sujeito. Especialmente se presente a ideia de que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (BRASIL, 2011b).¹⁵

Por fim, interessante salientar a conclusão lavrada no voto, no sentido de que esse protagonismo do Poder Judiciário – que é “fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional” – resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela própria Constituição, “que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu” (destacadamente em relação à Suprema Corte em tema de jurisdição constitucional). Daí

legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.” (BRASIL, 2011b).

¹⁵ “A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (BRASIL, 2011b).

retirando o Supremo Tribunal Federal a plena legitimidade jurídico-constitucional para as suas decisões.¹⁶

Decisão também merecedora de estudo, nesse contexto, é a que determinou a verticalização das coligações partidárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3685).¹⁷

Até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3685, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estava consolidada quanto à interpretação do princípio da anterioridade eleitoral (artigo 16, da Constituição).¹⁸ Analisando-se os principais precedentes sobre o princípio, a jurisprudência pode ser dividida em duas fases: a) a primeira é marcada pelos julgamentos das ADIs 733, 718 e 354; b) a segunda pelos julgamentos das ADIs 3.345, 3.685, 3.741 e da ADI-MC 4.307. Os precedentes contidos nas ADIs 718 e 733 contribuem apenas para esclarecer uma regra bastante simples: “a de que a lei de que trata o art. 16 da

¹⁶ “Esse protagonismo do Poder Judiciário, (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional. Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, que representa verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País.” (BRASIL, 2011b).

¹⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência. (ADI 3685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193 RTJ VOL-00199-03 PP-00957). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 Julho 2011.

¹⁸ Alguns precedentes: ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998; ADI n.º 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001; ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010.

Constituição é a lei emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União prevista no art. 22, I, do texto constitucional”, de modo que esses julgados mostram-se pouco relevantes ao estudo pretendido. Já na ADI 354 a Corte firmou posicionamento de que “a vigência e a eficácia imediatas de norma eleitoral que altera o sistema de votação e apuração de resultados, seja no sistema proporcional, seja no sistema majoritário, não infringem o disposto no art. 16 da Constituição”. Foi a primeira vez que o Tribunal avaliou o âmbito significativo do princípio da anterioridade eleitoral na Constituição de 1988 (BRASIL, 2011c).

Todos esses julgamentos ocorreram no início da década de 1990 e o Tribunal voltou a se pronunciar a respeito do assunto somente no ano de 2005, por ocasião da ADI 3.345 (que inaugura a segunda fase da jurisprudência acerca do tema). Nessa fase passou a prevalecer a interpretação anteriormente definida pelos votos vencidos na ADI 354 para a norma constitucional discutida. Curiosamente, até então “a construção de consistentes parâmetros de interpretação do princípio da anterioridade eleitoral ainda não havia resultado na declaração de inconstitucionalidade de normas com fundamento na aplicação do art. 16”, o que veio a ocorrer no julgamento da ADI 3685 (julgada em março de 2006). Evidentemente essa decisão representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o artigo 16, da Constituição, pois pela primeira vez na história o Supremo Tribunal Federal aplicou a norma constitucional para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral (BRASIL, 2011c).

Com relação a isso, merece destaque a crítica de Tushnet em face de posições (no caso, especificamente direcionadas a Alexander e Schauer) que acreditam no Judiciário como garantidor de estabilidade, por observar o sistema de precedentes (*stare decisis*), ao passo que, em tese, o mesmo não seria observado pelo Legislativo. Defende o constitucionalista norte-americano justamente o contrário, isso é, o Legislativo é que tende a permitir essa segurança. Apoiado em indagação de Jeremy Waldron, Tushnet pergunta-se que razão haveria para se entender que um grupo de pessoas (juízes) substituídas em intervalos aleatórios pode produzir mais estabilidade do que a maioria do Congresso (deputados e senadores), normalmente em concordância com o Presidente? (1999, p. 29).¹⁹

¹⁹ “What reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?” (TUSHNET, 1999, p. 29)

Outro julgamento do Supremo Tribunal Federal que gerou grande controvérsia foi o Habeas Corpus 91.952/SP²⁰, não pelo seu teor em si, mas por ter esse único precedente redundado na edição de súmula vinculante²¹, quando a Constituição prevê a necessidade de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional para que essa modalidade de súmula possa ser aprovada.²²

Condição exigida, também, pela doutrina, conforme se observa em Streck e Oliveira: “Na verdade, para que uma súmula possa ser editada, haverá uma sucessão de casos, que, reconstruídos, darão azo a uma ‘coagulação de sentido’ (é isso que é uma SV, em síntese).” (STRECK; OLIVEIRA, 2011. p. 600).

No referido julgamento, a Corte, por unanimidade, anulou decisão condenatória do Tribunal do Júri por ter sido o réu mantido algemado durante toda a sessão, sem qualquer justificativa e fundamentação (razoáveis) para tal constrangimento, além do fato de ter-se considerado que a apresentação do (até então apenas) acusado nessas condições poderia imprimir nos jurados a imagem de que se tratava de pessoa perigosa e, assim, influenciar (indevidamente) a decisão em prejuízo do réu. A partir desse precedente, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o uso de algemas deve ocorrer apenas excepcionalmente, impondo-se, ademais, a devida justificção.

Curiosamente, o Ministro Cezar Peluso inicia seu voto quase como que antevendo o que estava por vir, ao destacar a importância política da decisão em comento, que, apesar de baseada num caso concreto, teria reflexos sobre fatos outros constatados na atualidade (BRASIL, 2008, p. 38).²³ E teve mesmo. A edição, a partir dessa única decisão, da súmula vinculante n.º 11, agitou os bancos jurídico-acadêmicos.

Por todas as críticas que se ergueram, cita-se a de Streck e Oliveira:

²⁰ HC 91952, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-04 PP-00850 RTJ VOL-00208-01 PP-00257.

²¹ Súmula Vinculante n.º 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

²² Art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

²³ “O primeiro deles [motivos que me levam a não proferir um voto extremamente simples] é pela importância – vamos dizer – política, no alto sentido, desta decisão da Corte que deve servir de orientação baseada num caso concreto, mas com reflexos sobre fatos que se vêm sucedendo atualmente. Trata-se, portanto, de tema da mais plena atualidade e, por isso mesmo, reclama decisão mais explícita e ampla desta Corte.” (BRASIL, 2008, p. 38).

Por tudo isso, a súmula não é um ‘mal em si’. Insisto: é um ‘mal’ como é qualquer enunciado ou lei ‘injusta’ e/ou inconstitucional. A propósito, a doutrina deve iniciar a discussão acerca do que fazer com as SV inconstitucionais (formal ou materialmente). No fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula; a diferença é que, por incrível que pareça, as SV os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as SV. Por exemplo: antes da SV 10, os tribunais eram useiros e vezeiros em não suscitar incidentes de inconstitucionalidade. Isto é, não obedeciam os arts. 97 da CF e os arts. 480 e seguintes do CPC. Com a edição da SV n. 10, passaram a obedecer. Aliás, até demais, uma vez que agora nem mais fazem interpretação conforme e nulidade parcial sem redução de texto. E olha que a SV n. 10, examinada em seu ‘DNA’, nem trata desses dois mecanismos hermenêuticos. Sintomas da crise, pois não? Ainda, por fim, há um outro enigma a ser decifrado. E qual seria? É que as súmulas representam um paradoxo. E por quê? Porque elas não diminuem, mas, sim, aumentam a competência dos juízes. Os tribunais é que ainda não se deram conta. O que é lamentável é que talvez nem venham a perceber isso. E nem os juízes. Tudo dependerá de que paradigma estão ‘olhando’ as súmulas...! Uma preocupação final: alguém já reparou que o mesmo movimento que se deu com as codificações introduzindo os ‘conceitos jurídicos indeterminados’ já se mostra presente nas súmulas vinculantes do STF? Especialmente a do uso abusivo de algemas... Só que agora, seguindo a via de deslocamento da tensão de poderes, o Judiciário assume o papel de protagonista. E corremos o risco de o discurso do judiciário substituir a legislação democraticamente elaborada (2011, p. 603-604).

Enfim, essa é uma pequena amostra de como a recepção equivocada do chamado ativismo judicial (ao lado de outras) tem servido ao preceito positivista da discricionariedade, fazendo com que juízes, a pretexto justamente da superação desse paradigma, decidam conforme suas próprias consciências (ainda ancorados na subjetividade do sujeito solipsita que, isolado, faz suas escolhas; ainda presos ao esquema sujeito-objeto).

“Se antes o jurista era um escravo da(s) estrutura(s) [...], portanto, era ‘assujeitado’ à lei (que era ‘igual’ ao direito), agora o sujeito se transforma no ‘senhor dos sentidos’ da estrutura.” (STRECK, 2010, p. 117).

E afirmar-se que o presente estudo traz apenas uma pequena amostra dessa realidade não é, infelizmente, eufemismo.

4 Considerações finais

A derrocada do positivismo jurídico coincide com o surgimento do Estado Democrático de Direito, no segundo pós-guerra, a partir da recusa à tese preconizada por essa corrente, de aceitação do direito que vinha do Estado independentemente do seu conteúdo. Em sentido oposto, os teóricos jurídicos se voltam para o desenvolvimento de uma teoria que se baseasse em valores superiores ao direito positivo, advindo daí a jurisprudência dos valores (Alemanha, meados do século XX), por exemplo, tornando necessária a ponderação de valores extrajurídicos, pois a interpretação jurídica já não se limita ao direito positivo.

Além disso, a mudança de paradigma operada pelo giro linguístico-ontológico traz enfim reconhecimento de uma dimensão produtiva/criativa da atividade interpretativa jurisdicional.

No entanto, a combinação desses aspectos, no Brasil, tem gerado um quadro perturbador de decisionismos, reanimando justamente o postulado positivista da discricionariedade que tanto se combateu.

Mesmo em tempos de viragem hermenêutica, após o giro ontológico – rompendo com os antigos paradigmas metodológicos, presos ao ultrapassado esquema sujeito-objeto – que reconhece à hermenêutica uma dimensão produtiva, a própria jurisprudência tem seguido na contramão, tem retornado ao passado.

Esse traço se alinha a outra recepção tupiniquim equivocada, a noção de ativismo judicial, conformando uma realidade perturbadora: decisões que se preocupam meramente com as consciências de seus prolores, ainda ancoradas, portanto, na subjetividade do sujeito solipsita que, isolado, faz suas escolhas.

O presente trabalho trouxe uma pequena amostra de como a recepção equivocada do chamado ativismo judicial (ao lado de outras) tem servido ao preceito positivista da discricionariedade, fazendo com que juízes, a pretexto justamente da superação desse paradigma, decidam conforme suas próprias consciências (ainda ancorados na subjetividade do sujeito solipsita que, isolado, faz suas escolhas).

5 Referências

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

BASILE, Felipe. O Supremo Tribunal Federal e a titularidade dos mandatos eletivos: análise do julgamento dos mandados de segurança n. 26.602/DF, n. 26.603/DF e n. 26.604/DF. *Observatório da jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>>. Acesso em: 16 Julho 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277/DF; julgada em 05 de maio de 2011a. Ministro Ayres Britto (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 Mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 626, de 9 a 13 de maio de 2011b. União Estável Homoafetiva - Regime Jurídico - Entidade Familiar - Busca da Felicidade - Papel Contramajoritário do STF (Transcrições). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 08 Set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3685; julgada em 22/03/2006. Ministra Ellen Gracie (relatora). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 Julho 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 620. Expressão de busca: verticalização e coligações partidárias. Título: Lei da “Ficha Limpa” e art. 16 da CF (Transcrições). 2011c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 Julho 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 91952; julgado em 07/08/2008. 2011d. Ministro Marco Aurélio (Relator).. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 Julho 2011.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (Org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I e II*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco: 2002.

GRAU, Eros Roberto. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Tradução de Marco Antonio Casanova. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.

_____. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009b.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

LUCAS, Douglas Cesar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RICOEUR, Paul. *Del texto a la acción*. Ensayos de hermenéutica II. Fondo de Cultura Económica: Buenos Aires, 2001.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

ROHDEN, Luiz. *Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

_____. *Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica*. *Filosofia UNISINOS*. Centro de ciências humanas. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. – v. 4, n. 6. – São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. *Estudos jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan. – abr. 2005.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Garantias processuais penais e a jurisprudência do STF*. In: In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TUSHNET, Mark. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WAYNE, William. *The two faces of judicial activism*. *The George Washington Law Review*. Vol. 61., n. 1., p. 1-14, November 1992. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 05 Jun. 2011.