

## O ATIVISMO JUDICIAL PROGRESSISTA E A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Teodolina Batista da Silva Cândido Vitória<sup>1</sup>

### RESUMO

O *objetivo* central deste estudo consiste em analisar a interface entre o ativismo judicial progressista e a efetivação dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito. Revela que os Direitos Humanos não constituem um *dado* ou um generoso legado do Poder Público, mas sim uma *construção* árdua e imperceptível que precisa ser preservada de forma sustentável para as presentes e futuras gerações. Seus avanços e recuos encontram-se traçados na linha do tempo, ditados a partir da dimensão das lutas sociais e sistemas sociopolíticos adotados em cada marco histórico experimentado. O anseio pela preservação e expansão destas conquistas sociais tem enfrentado constante tensão frente a inércia do Legislativo e do Poder Executivo cujas omissões constantes e inegáveis tem gerado séria ameaça ao Estado Democrático. Um dos remédios indicados para este dilema, o qual se encontra em evidência hodiernamente, sobretudo nos anais do STF, é o emblemático fenômeno intitulado “Ativismo Judicial”. Após detido estudo, conclui esta pesquisa que, apesar do receio daqueles que caracterizam esta prática como “*juristocracia*”, seu crescimento tem se acentuado impressionantemente no sistema brasileiro e no direito comparado, sob as luzes da hermenêutica e da argumentação jurídica. No que tange à *metodologia*, adotou-se a vertente intitulada “*jurídico-teórica*”, mais inerente à “esfera da filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 22), explorando-se as múltiplas doutrinas que se entrecruzam na abordagem das antinomias e idiossincrasias concernentes a esse tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial Progressista; Direitos Fundamentais; Dignidade Humana; Democracia.

### ABSTRACT

The main purpose of this study consists on analyzing the interface between the progressive judicial activism and the enforcement of the fundamental rights in the paradigm of the Democratic State of Right. It reveals that the Human Rights do not constitute a *data* or a generous legacy from the Public Power, but an arduous and imperceptible construction that needs to be preserved in a sustainable way to the present and future generations. Its advances and retreats are found plotted at the time line, dictated from the dimension of social fights and sociopolitical system

---

<sup>1</sup> Advogada militante em Governador Valadares/MG. Doutora em Direito pela PUC/Minas/2011. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ/2001. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE, do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia - DOCTUM e da Faculdade do Sul da Bahia - FASB.

adopted in each historic mark experimented. The wish for the preservation and expansion of this social achieves has faced constant tension face to the inertia of the Legislative and Execute Power, which constant and undeniable omissions have generated serious threats to the Democratic State. One of the indicated remedies to this dilemma, which is found in actual evidence, especially in the annals of the STF, is the emblematic phenomenon named “Judicial Activism”. After this study, this research concludes that, in despite of the fear from those who characterize this practice as “juristocracy”, its growing has impressively accentuated at the Brazilian system and at the compared law, under the hermeneutics light and juridical argumentation. With respect to the methodology, was adopted the named ‘juridical-theoretical” strand, more inherent to the “sphere of the Philosophy of Law and to the general-theoretical areas of the juridical fields.”(GUSTIN & DIAS, 2006, p.22), exploring the multiple doctrines that intersect at the approach of the antinomies and indiocrassities that concern to this issue.

**KEYWORDS:** Progressive Judicial Activism, Fundamental Rights, Human Dignity, Democracy.

## SUMÁRIO

**1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2 TRANSITANDO ENTRE UM DIREITO MEMORIAL E UMA JUSTIÇA REAL. 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUALIDADE: uma perspectiva constitucional-democrática. 4 O ATIVISMO JUDICIAL RESULTANTE DA DEMOCRACIA. 5 O ATIVISMO JUDICIAL PROGRESSISTA COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS**

### 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, uma vez que o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens como co-autores de um mundo comum. (ARENDDT, 1979, p. 509)

O *objetivo* central deste estudo consiste em analisar a interface entre o ativismo judicial progressista e a efetivação dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito. Revela que os Direitos Humanos não constituem um *dado* ou um generoso legado do Poder Público, mas sim uma *construção* árdua e imperceptível que precisa ser preservada de forma sustentável para as presentes e futuras gerações. Seus avanços e recuos encontram-se traçados na linha do

tempo, ditados a partir da dimensão das lutas sociais e sistemas sociopolíticos adotados em cada marco histórico experimentado. O anseio pela preservação e expansão destas conquistas sociais tem enfrentado constante tensão frente a inércia do Legislativo e do Poder Executivo cujas omissões constantes e inegáveis tem gerado séria ameaça ao Estado Democrático. Um dos remédios indicados para este dilema, o qual se encontra em evidência hodiernamente, sobretudo nos anais do STF, é o emblemático fenômeno intitulado “Ativismo Judicial”.

No que tange à *metodologia*, adotou-se a vertente intitulada “*jurídico-teórica*”, mais inerente à “esfera da filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 22), explorando-se as múltiplas doutrinas que se entrecruzam na abordagem das antinomias e idiossincrasias concernentes a esse tema.

Quanto ao “*tipo*”, ele se classifica como “*jurídico-exploratório*”, enfatizando, em sua “abordagem preliminar, um problema jurídico. Sua “*natureza doutrinária*” se encontra evidenciada não apenas no permanente paralelo crítico-científico estabelecido no texto, mas também no debate fomentado entre as múltiplas correntes jurídicas que se entrecruzam na esfera do direito com suas antinomias e idiossincrasias concernentes ao tema.

Trata-se de debate jurídico atual e de notável relevância, uma vez que, com sua dignidade assegurada, inclusive, se necessário, pelo ativismo judicial, as pessoas se revestem da condição de cidadãos no sentido pleno e genuíno proposto pela Constituição Federal.

## **2 TRANSITANDO ENTRE UM DIREITO MEMORIAL E UMA JUSTIÇA REAL**

No limiar do presente ensaio, saliente-se o sentimento de Sampaio quando adverte: “Pensemos nas periferias e nas favelas das grandes cidades. Seus moradores estão submetidos a todo tipo de intempéries. *Vivem no reino da falta*: falta de liberdade, falta de segurança, falta de saneamento básico, falta de garantia de acesso ao Judiciário, falta, enfim, de dignidade respeitada”. (SAMPAIO, 2010, grifo nosso). Movido pelo mesmo sentimento, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 10) de forma visionária assim profetiza: “A frustração sistemática das expectativas

democráticas pode levar à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia” (SANTOS, 2007, p. 10).

Sobre essas desafiadoras reflexões, tem sido lançado um olhar agudo por parte da comunidade jurídica que insiste em mensurar de forma quantitativa e qualitativa as conquistas prometidas pelos Direitos Humanos historicamente invocados por todas as civilizações.

A princípio, para melhor compreensão da presente abordagem, torna-se imperativa a conceituação de Direitos Fundamentais, sendo assim oportuna a lição do Professor Marmelstein:

São normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELESTEIN, 2008, p. 20)

A definição acima transcrita é composta por cinco princípios basilares: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Estando presentes em um determinado caso concreto, esses princípios poderão configurar direito fundamental. Além dos que constam dos arts. 5º a 17 da Constituição de 88, outros também existem, uma vez que o aludido rol não é *numerus clausus*. Esses direitos podem ser previstos até mesmo em preceitos extra-constitucionais, como reafirma o art. 5º, § 2º da CR/88, de sorte que “não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão” (PARDO, 2005, p. 12).

Para o desvelar dos direitos fundamentais, é imprescindível o resgate de suas progressivas conquistas e, muitas vezes, até mesmo de seus recuos históricos que contribuíram “para a evolução da condição do ser precário e ambivalente do homem” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Nesse contexto, importa recordar movimentos que selaram a transição da Idade Média para a Moderna, elevando a um plano de maior expressão essa crescente categoria de direitos, que passou por três eixos implicativos: religião (liberdade religiosa), processo (garantias processuais) e propriedade (direito de

propriedade), consolidando-se em três principais modelos: da “Inglaterra, dos Estados Unidos e da França” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Em sua obra “Direitos Fundamentais – Retórica e Historicidade”, Sampaio explica esse movimento ao longo de milênios:

Os “direitos do homem”, dos quais começamos a contar a história, não se confunde com direitos, prerrogativas, privilégios ou *status* que eram deferidos ou concedidos aos cidadãos ou súditos desde a Antiguidade. Não se faz descaso, por exemplo, de que, por volta de 570 antes de Cristo, Ciro, Rei da grande Pérsia, aprovou a “Declaração de Ciro”, reconhecendo os “direitos” de liberdade, de segurança, de propriedade e até mesmo alguns dos hoje denominados direitos econômicos e sociais; nem se está a esquecer dos “direitos” de participação dos cidadãos atenienses e de outras cidades-estados gregas, bem como das eleições romanas para questores, edis, tribunos militares e da plebe por quase todos, inclusive pobres e libertos, do voto secreto instituído no final da República; do conceito de *conubium* e de *commercium* que se fundava no *status libertatis*; da Lei das Doze Tábuas a assegurar aos cidadãos a liberdade pessoal, a propriedade e a proteção dos direitos ou do reconhecimento na República das Liberdades de opinião, de crença e de culto, assim como da inviolabilidade do domicílio; tampouco deixamos de anotar que o Código de Hamurabi era uma espécie de código civil e comercial de seu tempo; ou que os textos bilíngues de Asurbanipal revelavam a disciplina das relações jurídicas comerciais, indicando-se a preocupação com a pessoa individual. Enfim, não se faz tábuas rasa das cartas e textos medievais, como a Lei promulgada no VIII Concílio de Toledo em 653, pelo “Glorioso Príncipe Recesvinto”, os decretos da Cúria de Leon em 1188, a Magna Carta de João Sem Terra de 1215, a Bula de Ouro de 1222 e as Sete Partidas também do Século XIII, que traziam certas garantias processuais, criminais, o direito à vida, à integridade física e à propriedade. (SAMPAIO, 2004, p. 136).

O mesmo autor, demonstrando a riqueza dessa abordagem, lança, no “ANEXO 1” da prefalada obra, uma “Breve História dos Direitos Humanos – Principais eventos”, com especial peculiaridade, 55(cinquenta e cinco) marcos emblemáticos de conhecida expressão universal. Começa pela “Carta de Ciro” da Pérsia (570 a.C), passa pelas “Doze Tábuas” (450 a.C), pelas Declarações dos Estados Unidos (1776) e da França (1789) e culmina com as Constituições Brasileiras e as inúmeras Convenções, Resoluções e Protocolos que selaram as últimas décadas.

De igual modo, ao publicar “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Comparato declara que se trata da parte

mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2005, p. 1)

Esse autor se refere à “defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria” (2005, p. 1) e explica, sob esse aspecto, que a religião, a filosofia e a ciência elaboraram o conceito de dignidade. Ao esclarecer que a religião colocou a pessoa humana em evidência, Comparato promove o seguinte destaque referente ao expressivo contributo do Povo da Bíblia à humanidade:

Uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

Diante dessa transcendência divina, os dias do homem, disse o salmista, “são como a relva: ele floresce como a flor do campo, roça-lhe um vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece seu lugar” (Salmo 103). *No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre “os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra” (Gênesis 1. 26). A cada um deles o homem deu um nome (2, 19), o que significa, segundo velhíssima crença, submeter o nomeado ao poder do nomeante.* É o que o Salmo 8 exprimiu em forma cintilante: “Quando vejo o céu, obra dos teus dedos, a lua e as estrelas que fixaste, que é um mortal, para dele to lembrares, e um filho de Adão, que venhas visitá-lo? E o fizeste pouco menos do que um deus, coroando-o de glória e beleza. Para que domine as obras de tuas mãos sob seus pés tudo colocaste: ovelhas e bois, todos eles, e as feras do campo também; as aves do céu e os peixes do oceano que percorrem as sendas dos mares”. (COMPARATO, 2005, p. 1-2, grifo nosso)

Num segundo momento, o aludido autor demonstra a passagem do domínio da religião ao da filosofia que, buscando a racionalidade, indaga incessantemente: “O que é o homem?” Com peculiar destreza, ele ilustra este momento histórico com a cena de Prometeu Acorrentado (445-470), quando Ésquilo, na boca do Titã, coloca a seguinte mensagem:

Ouçã agora as misérias dos mortais e perceba como, de crianças que eram, eu os fiz seres de razão, capazes de pensar. Quero dizê-lo aqui, não para denegrir os homens, mas para lhe mostrar minha bondade para com eles. No início eles enxergavam sem ver, ouviam sem compreender, e, semelhantes às formas oníricas, viviam sua longa existência na desordem e na confusão. Eles desconheciam as casas ensolaradas de tijolo, ignoravam os trabalhos de carpintaria; viviam debaixo da terra, como ágeis formigas, no fundo de grotas sem sol. Para eles, não havia sinais seguros nem do inverno, nem da primavera florida, nem do verão fértil. Faziam tudo sem recorrer à razão, até o momento em que eu lhes ensinei a árdua ciência do nascente e do poente dos astros. Depois, foi a vez da ciência dos números, a primeira de todas, que inventei para eles. Assim como a das letras combinadas, memória de todas as coisas, labor que engendra as artes. Fui também o primeiro a subjugar os animais, submetendo-os aos arreios ou a um cavaleiro, de modo a substituir os homens nos grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os cavalos dóceis com que se ornamenta o fasto opulento. Fui o único a inventar os veículos com asas de tecido, os quais permitem aos marinheiros correr os mares. (COMPARATO, 2005, p. 3)

No que alude à ciência, Comparato (2005) ensina que o avanço cultural da humanidade foi praticamente invisível nos milênios de anos que antecederam à linguagem, há aproximadamente 40.000 anos, tendo depois o seu desenvolvimento se dado de forma simplesmente alucinante.

O ponto nuclear da busca científica passou a ser, então, o estudo do próprio homem, figura esta que a Bíblia identifica como tendo sido formado pela “argila do solo” (Gn 2,7), por isto, situado “entre o Céu e a Terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno” (COMPARATO, 2005, p. 6).

O referido jurista invoca o trabalho de Giovanni Pico, que, em 1486, definiu o homem como uma obra pensada diferentemente das demais criaturas celestiais e terrestres, com as quais o Criador teria esgotado todos os seus possíveis modelos. Por isso, ele concedeu ao humano todos os atributos singulares das outras espécies, conferindo-lhe, ainda, o dom da incompletude, autorizando-o a buscar por si o seu próprio limite pelo livre arbítrio, elevando-se à altura dos deuses ou reduzindo-se à irracionalidade dos animais:

Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constricto em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder to entregamos. Pusémos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda

tudo o que nele se contém. Não to fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores. (COMPARATO, 2005, p. 7).

Tal concepção é reafirmada por Riobaldo, *in* “Grande Sertão: Veredas”, ao exclamar: “Mire, veja: o mais importante e bonito do mundo é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam”. (ROSA, 1986, p. 15)

Na sequência, novamente é Comparato quem esclarece que a história passou por duas importantes fases entre os séculos VIII e II a.C, que consolidaram o núcleo central da humanidade, conhecido como “período axial”. Os anos 600 e 480 a.C foram consagrados por notáveis expoentes e por fatos célebres, que demarcaram grandes momentos no processo de construção dos direitos fundamentais, desde o prelúdio antropológico da história da humanidade:

Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período.

O século VIII a.C. é apontado como o início do período axial, não só porque é o século de Homero, mas sobretudo porque nele surgiram os profetas de Israel, notadamente Isaías, aos quais se deve a elaboração do autêntico monoteísmo. Até então, com efeito, a religião dos hebreus era, como já se disse, de certa maneira uma monolatria: só lahweh podia ser adorado como Deus verdadeiro, mas a existência de outras divindades era, não raro, admitida.

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.

No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o “século de Péricles”), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade.

Nesse mesmo século, em Atenas, surgem concomitantemente a tragédia e a democracia, e essa sincronia, como se observou, não foi meramente casual. A supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas? Não poderia ser outro senão o próprio homem. Mas como definir esse critério, ou, melhor dizendo, quem é o homem? Se já não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão. A tragédia grega, muitos séculos antes da



psicanálise, representou a primeira grande introspecção nos subterrâneos da alma humana, povoados de paixões, sentimentos e emoções, de caráter irracional e incontrolável. O homem aparece, aos seus próprios olhos, como um problema, ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geômetras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana. (COMPARATO, 2005, p. 8, grifo nosso)

No compêndio acima referido, intitulado “A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos”, Comparato (2005) faz justa alusão ao poder da fé e dos rituais religiosos na consolidação dos fundamentos políticos e sociais de um povo, notadamente na era grupal:

Enquanto isso, a força da ideia monoteísta acaba por transcender os limites do nacionalismo religioso, preparando o caminho para o culto universal do Deus único e a concórdia final das nações.

(...)

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. *Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.* (COMPARATO, 2005, p. 11, grifo nosso).

Como se vê, o referido jusfilósofo ensina que, no aludido período Axial, surgiu a proposta de igualdade para todos. Ainda assim, arrastaram-se mais de 2.500 anos até que o mundo pudesse reconhecer, na “Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. (COMPARATO, 2005, p. 24)

A partir desse novo período, a importância da lei escrita ganha contornos na vida dos judeus, representando a expressão do próprio Deus, mais precisamente na Grécia. Em Atenas, ela fundamentou a sociedade política:

Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (versos 434-437): “uma vez escritas as leis, o fraco e o

rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande”. (COMPARATO, 2005, p. 12-13).

Ocorre, porém, que o crescimento em importância da lei escrita (*nomis êngraphon*) não mitigou o valor da lei não escrita (*nomos ágraphon*), um mito de práticas costumeiras e de leis universais de caráter religioso, que traduziram interesses de todos os povos. À guisa de exemplo, cite-se *Antígona*, escrita pelo dramaturgo Sófocles, em que se tem a resistência travada pela protagonista em face da proibição de se sepultarem os cadáveres daqueles que se revoltassem contra o governo, imputando-se pena de morte a qualquer que violasse tal norma. Essa consistia em mero decreto do Rei, não uma regra jurídica aprovada pelo povo. Independentemente dessa distinção, Antígona, inconformada com a aplicação daquela sanção ao seu irmão Polínicos, cujo corpo restou insepulto por ordem de seu próprio tio, o tirano monarca Creonte, termina erguendo um protesto, no qual se apropria de argumentos do “Direito Natural”:

Sim, pois não foi Zeus que a proclamou (a ‘lei’ de Creonte)! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses do reino dos mortos; não, essas não são as leis que os deuses tenham algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas proibições pessoais fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por terror de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis? (versos 450-460). (SÓFOCLES, 2002, p. 25).

Esse normativo não escrito assumiu o condão de leis que eram comuns a todos os povos (*ius gentium*), contrapondo-se aos preceitos particulares e específicos, inerentes a cada nação, delimitando o início de uma nova era na Grécia antiga.

Marmelstein, em seu “Curso de Direitos Fundamentais”, de semelhante modo, também apresenta um *construct* desses direitos até chegar, na linha do tempo, ao Estado Democrático. Em seguida, perpassa pela “teoria das gerações dos direitos” idealizada pelo tcheco Karel Vasak, naturalizado francês, que se inspirou na Revolução Francesa:

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2008, p. 40)

Para ilustrar referida doutrina, apresenta-se o seguinte quadro:

| Teoria das Gerações dos Direitos   |   |   |
|--|---|---|
| 1ª GERAÇÃO   | 2ª GERAÇÃO                                  | 3ª GERAÇÃO  |
| Liberdade  | Igualdade                                   | Fraternidade  |
| Direitos negativos (não agir)  | Direitos a prestações                       |   |
| Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial | Direitos sociais, econômicos e culturais    | Direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, direito à paz |
| Direitos individuais   | Direitos de uma coletividade                | Direitos de toda a Humanidade                                     |
| Estado liberal   | Estado social e Estado democrático e social |   |

Fonte: MARMELSTEIN, 2008, p. 53

Como demonstrado, a batalha pela conquista da dignidade humana é permanente na história dos povos. Hodiernamente tem-se, *verbis gratia*, todo um cenário tratando de novos direitos que chegam até mesmo à biotecnologia com contornos complexos, tais como clonagem humana, pesquisa em células tronco embrionárias, avanços tecnológicos (cibernéticos), a bioética e outros. Daí, falar-se em direitos de *quarta, quinta, sexta e sétima gerações*. Sampaio, no que concerne à matéria, assim leciona:

Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de *uma quinta geração* dos direitos humanos com múltiplas interpretações.

Tehrarian (1997 a e b) diz sobre “direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados”, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de “segurança ontológica” para usar a expressão de Laing (1969).

Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a

todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem. (SAMPAIO, 2004, p. 302, grifo nosso)

Releva salientar, entretanto, que todos esses direitos constantes das dimensões históricas *sus*o narradas são indivisíveis e interdependentes, não havendo como

desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2ª geração), o direito de voto (1ª geração), do direito de informação (2ª geração), o direito de reunião (1ª geração), o direito de sindicalização (2ª geração), o direito à propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim sucessivamente. (MARMEELSTEIN, 2008, p. 60)

Destarte, torna-se descabida a supervalorização dos direitos civis ou políticos em detrimento dos direitos sociais e vice-versa. Afinal, na batalha pela consolidação desses direitos, os cidadãos, as instituições e o Estado precisam atentar para a real efetivação daqueles mesmos direitos de forma conjunta, sob pena de não serem suficientemente atendidos os ideais de um Estado verdadeiramente democrático.

Conclui-se, pois, que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, uma vez que o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens como co-autores de um mundo comum”. (ARENDR, 1979, p. 509)

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUALIDADE: uma perspectiva constitucional-democrática**

Esclarece Sarmiento que os principais matizes da moderna teoria dos direitos fundamentais, sem dúvida, residem na “Teoria dos Direitos Públicos Subjetivos” de

George Jellinek no apagar das luzes do séc. XIX, quando, em seu clássico “Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”, apresentou sua adesão aos fundamentos do positivismo e do individualismo. Ele adotou a concepção de que os direitos públicos subjetivos

não eram direitos naturais e inatos, que antecediam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo perante o Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente de acordo com o marco estabelecido pelas leis. (SARMENTO, 2003, p. 258)

Essa perspectiva individualista e subjetiva dos direitos fundamentais foi estremecida pelo Constitucionalismo de Weimar, notadamente pela teoria das garantias institucionais de Carl Schmitt, somados à teoria da Constituição como integração, inspirada por Rudolf Smend (SARMENTO, 2003, p. 259).

Entretanto, foi sob o pálio da Lei Fundamental de Bonn que realmente se consolidou a transição do ideal subjetivo para uma proposta objetiva dos direitos fundamentais, tendo como divisor de águas o emblemático “Caso Lüth”, que sacudiu, o alicerce da Corte Constitucional germânica em 1958.

Esse embate girou em torno de um boicote em face de um filme de direção da cineasta Veit Harlan, com histórico nazista, movimento este idealizado em 1950 por Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo.

Harlan logrou conter tal censura, com fulcro no Art. 826 do Código Civil alemão, que preceitua que “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Repudiando tal julgado, foi oferecida queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde) ao Tribunal Constitucional que acolheu o recurso. Para tanto, argumentou-se que as cláusulas gerais do direito privado (Ex.: bons costumes – Art. 826 do BGB), exigem uma interpretação na ótica dos valores constitucionais, tendo sempre, como farol, os direitos fundamentais, critério este, entretanto, não observado pela Corte de Hamburgo. Dessa decisão emblemática, tem-se o seguinte recorte:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. Eles

são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países...

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo desses direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de meio para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim, é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado por intermédio dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação. (KOMMERS, 1997, p. 363)

Hodiernamente, tem-se entendido que a constatação objetiva dos direitos fundamentais pressupõe a partilha dos mais relevantes valores morais coletivos, cuja garantia não compete apenas ao Estado, mas a todos os membros de uma sociedade. Nesse azo, é outra vez Daniel Sarmento quem adverte, de forma peculiar, sobre a imperiosa necessidade de se

abandonar a perspectiva egocêntrica de que a violação dos direitos humanos constitui um "problema do Governo", o que permite a cada um de nós, de classe média ou abastada, que nos deitemos à noite para dormir sem culpas o sono dos justos, enquanto a tortura viceja nas delegacias de polícia e crianças famélicas morrem por desnutrição. A perspectiva comunitária dos direitos humanos nos incita a agir, em primeiro lugar, na arena política, por meio do exercício responsável do direito de voto e dos mecanismos de democracia participativa, mas também na nossa esfera privada e no nosso microcosmo de relações. (SARMENTO, 2003, p. 308/309)

O desafio hercúleo de particulares e do Poder Público, nos tempos modernos, reside na real consagração de um novo tempo que vem sendo emblematicamente intitulado como a *era dos direitos humanos fundamentais*, com origem histórica no 2º pós-guerra, quando o Brasil projetou uma multiplicidade de direitos ante as novas

demandas sociais daí emanadas. Mobilizaram-se, para a efetivação desses direitos, os três Poderes do Estado. Como o Executivo e o Legislativo se revelaram impotentes nesse mister, foi então acionado o Poder Judiciário. Este, por sua vez, busca compreender se as políticas públicas estão realmente contempladas, tendo sempre em vista os ideais preconizados pela Constituição. Em síntese, portanto, pela via jurisdicional intenta-se a superação das “omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes”. (ESTEVEVES, 2007, p. 75-76)

O Judiciário tornou-se garante da “trilogia Constituição-Direito-Democracia” (FACHIN, 2010, p. 11), consolidando-se como real “guardião das promessas” (GARAPON, 2001, p. 27) destinadas ao exercício pleno da cidadania. Ancorados nessa premissa, seus agentes, juízes, desembargadores e ministros têm se posicionado em litígios os mais complexos possíveis, a exemplo da concessão de medicamentos a pessoas hipossuficientes economicamente; inclusão de infantes na sala de aula; acesso a prédios públicos pelas pessoas com mobilidade reduzida; questões pertinentes à demarcação de terras indígenas, nepotismo, regulamentação do uso de algemas, fidelidade partidária, entre outras que serão posteriormente evidenciadas neste trabalho.

Como pressuposto da proteção dos Direitos Fundamentais, a Democracia, em que pese suas dificuldades, tem se revelado como o sistema no qual se efetiva, de forma mais adequada, o aprimoramento das relações humanas e a desenvoltura das instituições e das pessoas, permitindo ainda, de maneira mais consistente, a limitação do poder governamental e, por conseguinte, a chancela dos direitos sociais. Dentre suas vantagens, destacam-se:

a) ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; b) garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; c) assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; d) ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; e) promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; f) promove um grau relativamente alto de igualdade política; g) apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; h) somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; i) os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; j) as modernas democracias não lutam umas contra as outras. (DAHL, 2001, p. 73-74)

O jurista italiano Norberto Bobbio, nessa esteira, ensina que é na democracia que o direito se fecunda:

Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito. (BOBBIO, 2000, p. 23)

Na concepção de Ronald Dworkin (2001), democracia não implica a mera submissão ao comando da maioria, razão pela qual ele atribui supremacia aos direitos fundamentais ante a soberania popular. Ele elege, como prioridade, alguns núcleos de direito frente a possíveis ingerências decorrentes de processos majoritários. É que, nem sempre uma lei pautada nos interesses da maioria será justa, podendo até mesmo violar os direitos individuais, sobretudo o de igualdade de oportunidade.

O dever de o Judiciário tutelar os direitos fundamentais perpassa igualmente por outras instituições, entre elas, o Ministério Público, conforme dispõe o Art. 127 da Constituição brasileira. Merece realce no que atine à tutela dos direitos coletivos e difusos, chancelados pelo referido órgão ministerial, a seguinte reflexão de Mauro Cappelletti:

A complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Falsas informações divulgadas de uma sociedade por ações podem prejudicar a todos os adquirentes dos títulos acionários; atividade monopolística ou de concorrência desleal por parte de grandes sociedades comerciais pode lesar os interesses de todos os empreendedores concorrentes; um prestador de serviço que não observa uma cláusula de acordo coletivo pode violar o direito de todos os seus dependentes; resíduos poluentes despejados em um rio prejudicam os moradores ribeirinhos e todos aqueles que pretenderam usar da água não poluída daquele rio; a embalagem defeituosa ou não higiênica de um artigo de largo consumo leva prejuízo a todos os consumidores daquele bem... Os riscos de tais lesões que afetam simultaneamente numerosas pessoas, ou categorias inteiras de pessoas, constituem um fenômeno sempre muito vasto e frequente na sociedade industrial. A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar



seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-las a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtível. (CAPPELLETTI, 1977, p. 130)

O Ministério Público, figurando atualmente como ator ideológico e não apenas como agente meramente burocrático, tem abandonado sua origem francesa de órgão público indiferente às questões sociais e assumido as credenciais que a Constituição Federal lhe conferiu como defensor maior da sociedade. Sua crescente atuação na proteção dos direitos fundamentais foi revelada por Vianna e Burgos (2002) em pesquisa desenvolvida na Comarca do Rio de Janeiro que pode ser assim demonstrada:

#### **Principais autores das Ações Civis Públicas – 1996/2001**

|                                 |           |       |
|---------------------------------|-----------|-------|
| Ministério Público Estadual     | 179 casos | 42,7% |
| Associações, ONG's e sindicatos | 70 casos  | 37,7% |
| Município do Rio de Janeiro     | 30 casos  | 16,2% |
| Outros                          | 6 casos   | 3,2%  |

Fonte: Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos. *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressista*, in Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465. O total da amostra foi de 185 casos.

Trata-se de ações na área de defesa do consumidor, bem como de proteção à criança e aos adolescentes e outras de interesse coletivo. Tem sido sensível o aumento da participação da sociedade nessa defesa, notadamente pelas associações, ONG's e sindicatos. No entanto, o quadro acima traçado por Vianna (2002) indica que, em relação ao total das ações civis públicas ajuizadas no Rio de Janeiro no período de 1996-2001, a maioria (42,7%) deu-se via Ministério Público, cujo êxito nas ações soa duas vezes superiores que aquelas atinentes às ONG's.

Com seus direitos fundamentais assegurados, as pessoas se revestem da condição de cidadãos, fazendo prevalecer seus pleitos perante o poder público. Essa participação no Estado Democrático de direito “implica a condição de membro de comunidade política baseada no sufrágio universal – princípio basilar da democracia – e na concretização da cidadania plena e coletiva sob o primado da lei” (SOARES, 2003, p. 404).

Ernest Benda ensina que, na concepção do Estado de Justiça, os direitos fundamentais são parte do contrapoder imprescindível para a defesa de uma democracia pluralista que contemple, de forma efetiva, os interesses das minorias:

- são direitos de possibilidades (perspectivas de possibilidades), pois se abrem aos indivíduos e aos grupos espaços de liberdade em formação, favorecendo o desenvolvimento da própria personalidade;
- sustentam-se na perspectiva constitucional, sobre um consenso de base própria, referente aos seus limites: o Estado de direito e a ordem na qual o povo politicamente maduro reconhece os seus limites;
- exigem, como pressuposto para participação nos processos políticos, econômicos e culturais, que o Estado constitucional tenha a dignidade humana como premissa e não a soberania popular. (BENDA, 1996, 416-417)

Por derradeiro, vale constar que a sociedade moderna vem se livrando, pouco a pouco, de sua costumeira letargia frente à defesa dos direitos humanos fundamentais. Tem assumido, ainda que com grandes reservas, o incrível papel que os agentes não públicos podem desenvolver na promoção de um Estado que realmente seja plural, justo, igualitário e sem preconceitos tal como preconiza o Brasil no preâmbulo de sua atual Constituição Federal.

#### **4 O ATIVISMO JUDICIAL RESULTANTE DA DEMOCRACIA**

A Democracia é como o Amor: não se pode comprar, não se pode decretar, não se pode propor. A Democracia só se pode viver e construir. Por isso ninguém pode nos dar a Democracia... é uma ordem social onde os Direitos Humanos e a vida digna sejam possíveis para todos. (José Bernardo Toro A. Fundacion Social – Bogotá)

O Poder Judiciário, tal como demonstrado, é um poderoso instrumento de efetividade constitucional. É seguramente imperiosa a interseção existente entre o princípio democrático e o real alcance dos fins a que se destina a estrutura jurisdicional de uma nação, tendo em vista os desafios multifacetários impostos pela Constituição sob os aspectos políticos, econômicos, culturais e sociais, entre outros,

em torno dos quais vibram os direitos individuais e fundamentais inatos a todos os cidadãos.

Diante dessa inexorável realidade, Cittadino (2004) expõe que é possível observar, por meio do estudo do Ativismo Judicial, que um dos signos das sociedades contemporâneas é a inusitada ampliação do território em que atua o Poder Judiciário. Tal fenômeno se consumou nos Estados Unidos, na Europa e alcançou posteriormente o Brasil, em especial a partir da Constituição de 1988.

Assistiu-se inicialmente à normatização de direitos coletivos e difusos e, num segundo momento, à sucessão dos governos autoritários por outras lideranças de natureza democrática. Tal fato replicou na construção de novas Constituições inspiradas notadamente na participação e mobilização política dos cidadãos. A referida transição foi igualmente marcada pela criminalização da responsabilidade política, pelo fortalecimento das instituições do Estado de Direito, pela criação de Cortes transnacionais, tais como o Tribunal Penal Internacional, bem como pelo fortalecimento do vínculo entre o Judiciário e a soberania popular, dentre outros processos que declaravam ser aquele um tempo de valiosas mudanças de natureza histórica e estrutural, consoante preconiza Cittadino (2004).

Via de consequência, referidos fatores terminaram por revelar uma cristalina interseção entre democracia e o *ativismo judicial*. Deste, adveio o movimento que foi consagrado pela doutrina como “Judicialização da política”, o qual resulta da prevalência do *Judicial Review*. Por sua vez, esse instituto desencadeia uma inquietante questão: *Será que o Poder Judiciário, privilegiando a soberania popular retratada nos normativos legais, deve desconsiderar direitos garantidos constitucionalmente, ou melhor seria posicionar-se como maestro da cidadania, adotando para tanto, até mesmo uma visão contramajoritária?* Gisele Cittadino, em seu artigo sobre o “Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e democracia”, enfrenta a matéria e de forma crítica responde negativamente essa candente questão:

*Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais especialmente as Cortes supremas, a atuar como “profetas ou deuses do direito”, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional”* (CITTADINO, 2004, p. 108, grifo nosso)

Receia-se, é fato, que um Judiciário com o estilo e a extremada autonomia supracitada,

possa imunizar a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originalmente deveria estar sujeita (...), pois quando a justiça ascende ela própria à condição de *mais alta instância moral da sociedade*, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social. (MAUS, 2000, p. 186-187)

Das entranhas dessa discussão, exsurge a proposta de uma interpretação constitucional construtiva, como instrumento hermenêutico destinado sobretudo à chancela e à integral garantia dos procedimento democráticos, tal como Jürgen Habermas preconiza em sua obra *“Más Allá Del Estado Nacional”*:

(...) a corte constitucional deve entender a si mesmo como protetora de um processo Legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem supra positiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (HABERMAS, 1997, p. 99)

Assim, continua a professora Gisele Cittadino, os cidadãos sentir-se-ão concomitantemente destinatários e autores de seus direitos e, portanto, *“membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”* (CITTADINO, 2004, p. 109). Investidos dessa igualdade, os cidadãos mobilizam-se democraticamente na luta pela efetivação de uma cidadania autêntica e ativa, provocando o Judiciário com torrenciais demandas que desafiam de forma sempre mais instigante a tradição e o conservadorismo que tanto engessam os tribunais.

Admirado por uns, rejeitado por outros, o ativismo vem se tornando o marco de um Judiciário democrático, que ao mesmo tempo mantém seus sentinelas atentos à preservação do respeito e equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Nesse mesmo sentido, Lenio Streck se manifesta adverso ao ativismo judicial por compreendê-lo danoso à democracia, tal como expressa no texto a seguir:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa?

(...)

Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos. (STRECK, 2009)

Destarte, Streck se ressentia de que o ativismo possa gerar o alucinante crescimento dos processos, sobretudo nos tribunais superiores, ante a excessiva autonomia conferida aos magistrados que acabam, no seu entendimento, por tripudiar as leis e a Constituição.

Fato é que os dilemas atinentes a essa legitimidade democrática da jurisdição constitucional, roupagem real do ativismo, reporta-se ao vetusto contexto platônico que indaga a quem cabe a competência de declarar o que é a Constituição: aos “Reis-juízes (filósofos), ou aos reis – legisladores”? (PLATÃO, 2000, p. 28).

Some-se a essa doutrina a inclinação de Dworkin no sentido de que a Constituição deve ser, sim, protegida pelos magistrados aos quais ele se refere como sendo um reduzido número de “homens escolhidos por seu conhecimento das leis, adquirido por meio de longo e laborioso estudo” (DWORKIN, 2003, p. 448). Corroborava sua tendência pela defesa de uma doutrina contramajoritária para a tutela dos direitos constitucionais, refutando o controle de constitucionalidade que se origina do próprio Poder Legislativo:

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido.

(...)

Os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos. *A priori*, porém, não há motivo

para considerá-los teóricos políticos menos competentes do que os legisladores estaduais ou o público em geral.

(...)

Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias. (DWORKIN, 2003, p. 448)

No que concerne a este debate, merece referência a leitura de André Rufino do Vale, quando preconiza que, na arena dos valores e princípios aplicados no equilíbrio dos atos do poder público e, às vezes, também de particulares, toda norma jurídica ou política deve se adequar à Constituição. Naquele ensejo, expressa seu entendimento no sentido de que *“uma instituição que funcione segundo princípios contra-majoritários parece ser a mais adequada para a descoberta dessa ordem de valores”* (VALE, 2004, p. 13-14)

Guardando sintonia com a presente questão, Luís Roberto Barroso tem sido incisivo em apregoar a prevalência dos direitos das minorias sobre o constitucionalismo e o princípio majoritário. Em epígrafe, sua valiosa manifestação:

O debate, na sua essência, é universal e *gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia*. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. (BARROSO, 2009, p. 389-390, grifo nosso)

Esse mesmo autor trata da existência de uma possível tensão entre o constitucionalismo e a democracia, advertindo que tal fato deve ser considerado seriamente pelo Judiciário sempre que pretender salvaguardar os valores supremos garantidores da dignidade humana e da cidadania, quando então se deve preservar o fiel da balança no equilíbrio dos interesses políticos e os direitos dos jurisdicionados.

Reprise Barroso (2009) que, na atual conjuntura política, o ativismo judicial não afronta o Estado Democrático de Direito, desde que, em suas múltiplas ingerências na arena dos demais Poderes, o Judiciário se mantenha atento à

legalidade e garanta de forma principal os sacrossantos preceitos constitucionais. O mencionado autor admoesta o mundo jurídico sobre o fato de que a imensa maioria das iniciativas dos governos são fundamentadas em paixões políticas que apresentam inclinações tão somente eleitoreiras. Ensina, enfim, que inobstante o déficit democrático do Judiciário, a ele compete, sim, o augusto papel de desvelar e, conseqüentemente validar a real vontade da lei. Cumprindo tal missão, minimizará os riscos dos administrados serem vitimados pelo império e monopólio dos incontáveis grupos políticos, cujas aspirações soam muitas vezes duvidosas e até mesmo antidemocráticas.

Aristóteles, em sua obra “Política”, manifesta sua real inquietação e apregoa que o Judiciário deverá adotar redobrado zelo na aplicação da lei, evitando tributar-lhe uma “obediência cega”, preferindo uma leitura coletiva e mais democrática, que uma compreensão unilateral da norma:

É evidente, portanto, que a obediência cega à letra e ao texto da lei não constitui o melhor governo. Entretanto é necessário que esta maneira geral de proceder se ache também naqueles que detêm o poder, e, de forma, que o que é inteiramente inacessível às paixões e às enfermidades deve-se preferir ao que lhe é sujeito por natureza. A lei é irretorquível; a alma humana, em vez disso, está obrigatoriamente subordinada às paixões (...) Por essa razão é que, na maioria dos casos, a multidão é melhor juiz do que um indivíduo só, qualquer que ele seja (...) A multidão tem, além disso, a vantagem de ser incorruptível. *A água menos facilmente se corrompe quanto maior for sua quantidade; assim também a multidão é mais difícil de corromper do que o pequeno número.* Quando um homem se deixa apossar pela ira ou outra paixão idêntica, de igual modo forçoso seu julgamento será modificado; porém é bastante difícil que todos, a um só tempo, se deixem dominar pela ira e seduzir pelo erro. (ARISTÓTELES, 2001, p. 108-109, grifo nosso)

Por fim, o professor Sampaio ressalta que a efetividade do Estatuto das Minorias Políticas se encontra condicionada aos princípios de um Estado de Direito Democrático, não devendo a Democracia

se limitar a simples escolhas de governantes, nem à identidade necessária entre vontade da maioria ou da opinião pública com a vontade de todos. A vitória eleitoral não importa a escravidão silenciosa dos derrotados, nem se pode confundir com a apuração momentânea e circunstancial de uma opinião pública, sem apoio em reflexões e debates suficientemente informados. Essas notas registram que as tentativas de se reduzir a

democracia a meros procedimentos, culminados com a regra da maioria, padecem de males congênitos. *Tem-se de recorrer ao princípio de inclusão do outro* que mereceu diferentes versões ao longo da história. Em matéria política, reforça-se a necessidade de criação de um estatuto de garantias da oposição, de forma a possibilitar sua atuação efetiva nos controles e críticas aos programas de governo, viabilizando-lhe sempre o espaço para o sucesso de suas teses e a vitória eleitoral por fim. Isso vai além da simples manutenção das regras formais do jogo eleitoral, impondo-se sobre o próprio conteúdo dessas mesmas regras, de forma a serem asseguradas a existência, a voz e a participação da minoria parlamentar na vida política do País. (SAMPAIO, 2002, p. 550, grifo nosso)

Dworkin, por sua vez, arremata a questão ora em pauta sobre o ativismo judicial como produto da democracia, invocando o “Princípio da Integridade” e a “Leitura Moral da Constituição” (DWORKIN, 2003, p. 271-273). Busca traduzi-la sob o manto imprescindível da jurisdição constitucional, porque, ante a força dos princípios, o ativismo opera de forma reconstrutiva e contribui decisivamente para a consolidação do espírito democrático.

## **5 O ATIVISMO JUDICIAL PROGRESSISTA COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas. Compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo, a forma mais pura dentro e além do direito que possuímos. (DWORKIN, Ronald. O Império do Direito, 2003, p. 486)

No cenário social hodiernamente instalado – pontua preocupantemente Neves (2007) –, o Brasil não mais resiste a uma Constituição de natureza meramente “simbólica” – sem função jurídico-instrumental, adormecida sob um etéreo berço de natureza tão somente político-ideológica, indiferente à concreção dos direitos e garantias fundamentais.

De igual sorte, dúvida não há no sentido de que o Estado certamente sucumbirá caso continue apresentando-se simplesmente como figurante frente à crítica realidade social hoje instalada. Se insiste em assim agir, poderá ver sua



Constituição reduzida à lamentável condição de um débil e vil “simulacro” (MOREIRA, 2007, p. 92), sacrificando seu ideal democrático.

Releva salientar neste contexto, que a consolidação da democracia num país precisa passar também pelas fronteiras do seu Poder Judiciário, o qual, como é cediço, por meio da justa composição dos conflitos, pode sim reconstruir de forma heróica os rumos políticos de seu povo.

Questiona-se, atualmente, se em seus pronunciamentos e veredictos os magistrados devem ou não curvar-se passivamente ao poder da norma jurídica (*civil law*) na luta pela justiça, no processo de construção e fomento do direito. Perquire-se ainda, se podem esses representantes do Judiciário suprir as sérias e costumeiras omissões do Legislativo e do Executivo, sobretudo no que se refere à implementação de políticas públicas que são indispensáveis à efetivação do Estado democrático.

Emergem desta investigação as calorosas vozes do ATIVISMO JUDICIAL que há muito têm ecoado na consciência dos tribunais pátrios.

O termo “ativismo”, usado primeiramente em 1916 pela imprensa belga, foi cristalizado nos Estados Unidos da América pelos veredictos proferidos pela Suprema Corte em casos que alcançaram notória expressão pública.

Primacialmente, vale estabelecer uma análise em torno da conceituação de ATIVISMO JUDICIAL, movimento que se encontra associado a uma interação do Judiciário na efetivação do texto constitucional, com ingerência no território de atuação do Legislativo e do Executivo por meio de iniciativas como:

**a)** Enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas;

**b)** Controle de constitucionalidade (*the power judicial review*);

**c)** Determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas.

Conceitualmente, o ativismo pode também ser compreendido como

uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. (BARROSO, 2010)

Por essa postura, os julgadores são movidos no sentido de comprometerem-se com a concreção dos direitos sociais, aplicando uma interpretação perene e construtiva dos preceitos muitas vezes tão abertos que o texto legal lhes confere. Afinal, “se os direitos sociais são fundamentais e importantíssimos em uma sociedade democrática de direito social como a disposta no direito brasileiro, por que não são concretizados apesar do advento do neoconstitucionalismo que teria surgido para fundamentar o processo de mudança do injusto para o digno?” (SILVA, 2010, p. 3).

Como pressuposto de uma justiça eficiente, o juiz ativista vem sendo consagrado como aquele que adota uma filosofia concretizante apesar da omissão e debilidade dos demais poderes, revelando “uma visão progressista, evolutiva e reformadora, que sabe interpretar a realidade de sua época e confere às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”. (LEITE, 2010)

O pronunciamento a seguir transcrito do Ministro do STF Marco Aurélio de Mello enfatiza de forma peculiar sua postura nesse sentido:

Sempre afirmo que, como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar *a solução mais justa de acordo com a minha formação humanística*, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio. Desejo, na busca deste respaldo – *porque já tenho idealizado a solução justa* – refletir e pesquisar sobre o tema, em que pese a proficiência do voto do nobre Relator. (...) – (BRASÍLIA, STF, AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2010).

Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao *Judicial activism*, a qual é denominada *self restraint* (autorrestrrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas

eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir tais questões, por não ser ele composto por representantes eleitos pelo povo.

Eles protestam, outrossim, contrariamente à expansão da atuação do Judiciário, argumentando, sobretudo, que o Ativismo Judicial viola a teoria da separação dos poderes. Niklas Luhmann, pai da “teoria sistêmica”, posiciona-se arredo ao ativismo, escudando-se no argumento segundo o qual sistema político e sistema jurídico “apresentam códigos e programas específicos e operacionalidade próprios”. (LUHMANN, 1993, pp.73-74)

Fábio Konder Comparato (1997), por sua vez, propugna pela atuação do Judiciário para solver matérias políticas, por entender que esta é uma *conditio sine qua non* para o deslinde da democracia, a qual estaria fulcrada na imprescindível possibilidade de preservação dos direitos fundamentais, menina dos olhos da Constituição de 1988.

Ronald Dworkin (2001), semelhantemente, sobrelevou os direitos fundamentais à soberania popular, selando-os com a prioridade típica de uma democracia liberal processualista por ele adotada, cujo ângulo primordial é a igualdade sacramentada pela *Amendment XIV*, propulsora da “*equal protection of the laws*”. (*The Constitution of The United States of American, 1787*)

O aludido filósofo concebe a hipótese de existirem leis injustas, embora pautadas na vontade de uma pseudo maioria de cidadãos que, *in casu*, terminam por sofrer irreparáveis lesões às suas próprias garantias constitucionais. Em circunstâncias dessa ordem, que podem ocorrer com certo grau de frequência, Dworkin (2003) propõe ao Judiciário uma postura contramajoritária, de tal sorte que impeça a difusão e o agravamento dos malfadados efeitos dessas leis que mutilam sobretudo os direitos das minorias.

Na perspectiva idealizada por esse teórico, o Ativismo Judicial não consiste mais em uma simples alternativa, mas, sim, em “um compromisso inadiável dos tribunais em nome da imperativa defesa da moral, da justiça e da democracia”:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas

*plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.* (DWORKIN, 2003, p. 231, grifo nosso)

Destarte, o ativismo pressupõe a atuação de magistrados “não apenas cumprindo indolentemente a lei” em sua moldura kelseniana muitas vezes míope e formal. Ele implica, em especial, que o Judiciário deve assumir uma conduta mais ousada na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão”, avocando para si a competência institucional, a capacidade intelectual e a sensibilidade necessária na solução das atuais demandas judiciais.

O *Judicial activism*, tanto em sua concepção “conservadora” quanto também na perspectiva “progressista”, possui múltiplos matizes, revelando-se mediante caricaturas diversas preconizadas por Willian P. Marshall, “*in Conservatives the seven sens of judicial activism*”, a saber:

Há um duplo – e às vezes conflitante – uso do termo no que tange à tomada de decisão judicial. A revisão da condenação de um réu que tenha cometido um ato criminoso não é geralmente considerada conservadora. No entanto, quando a decisão judicial é baseada na conclusão de que o governo federal não tinha competência para fazer valer os estatutos em vigor, a decisão judicial provavelmente será vista como conservadora. Um resultado não-conservador, em suma, pode ser o produto de uma opinião conservadora. Entretanto, a falta de precisão na definição não impedirá a minha exposição. Ao utilizar o termo “conservador”, terei como base suposições populares sobre o seu significado. Aceitarei o consenso, para efeitos de discussão, de que as decisões do novo federalismo, os casos de ação anti-afirmativas, as opiniões que limitam os direitos dos réus criminosos, casos de desapropriação bem como a decisão afirmando o direito de uma organização de discriminar homossexuais são *exemplos de decisão judicial conservadora*.

No entanto, tentarei uma tática um pouco diferente ao trabalhar com o conceito de ativismo judicial. Em vez de apresentar uma definição única, tentei identificar os índices de ativismo judicial muitas vezes referidos na literatura. Cheguei a um total de sete:

- (1) *Ativismo Contra-Majoritário*: a relutância dos tribunais para adiar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;
- (2) *Ativismo não Originalista*: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a alguma noção de originalismo ao decidir casos, quer o originalismo esteja fundamentado em uma estrita fidelidade ao texto ou em referência à intenção original dos autores;
- (3) *Ativismo Precedential*: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a precedente judicial;
- (4) *Ativismo Jurisdicional*: a incapacidade dos tribunais em aderir aos limites de jurisdição sobre o seu próprio poder;

(5) *Criatividade Judicial*: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;

(6) *Ativismo Remedial*: a utilização do Poder Judiciário para impor obrigações afirmativas em curso sobre os outros ramos do governo, ou de ter instituições governamentais sob supervisão judicial em curso, como parte de uma solução imposta judicialmente, e

(7) *Ativismo Partidário*: o uso do poder judicial para realizar objetivos claramente partidários - (MARSHALL, 2002, p. 102 a 104, tradução nossa, grifo nosso)<sup>2</sup>

Oportuno ainda lembrar que, nos Estados Unidos, foi também elaborado um “*Scientific Study of Judicial Activism*” por Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist (2006-2007), publicado pela *Social Science Research Network* (SSRN), o qual concluiu que o Ativismo Judicial é matéria recordista nas críticas direcionadas à *Supreme Court*. Esse trabalho destaca as polêmicas decisões proferidas nas Eras Warren, Rehnquist e Burger Court, situando o ativismo na arena ideológica e expondo uma série de vereditos que ora recebem aplausos, ora reprovação.

Entre tantos julgados, citam positivamente o processo *Brown v. Board of Education* (1954) por meio do qual foi combatido o preconceito racial. Negativamente, referem-se aos *cases Korematsu*, que sacrificou a liberdade de mais

---

<sup>2</sup> There are dual—and sometimes conflicting—usages of the term as it pertains to judicial decision-making. Overturning the conviction of a defendant who has committed an opprobrious act is not generally considered conservative. However, when the dismissal is based on the conclusion that the federal government lacked the power to enact the governing statute, the decision will likely be viewed as conservative. A non-conservative result, in short, can be the product of a conservative opinion. Nevertheless, the lack of definitional precision will not deter my exposition. In using the term “conservative,” I will rely on popular assumptions regarding its meaning. I will accept the consensus, for the purpose of discussion, that the new federalism decisions, the anti-affirmative action cases, the opinions limiting the rights of criminal defendants, the pro-takings cases, and the decision affirming an organization’s right to discriminate against homosexuals are examples of “conservative” judicial decision-making.

I will try a somewhat different tack, however, when working with the concept of judicial activism. Rather than coming up with a single definition, I have attempted to identify the indices of judicial activism that are often noted in the literature. I have reached a total of seven:

(1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches;

(2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers;

(3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent;

(4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power;

(5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine;

(6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and

(7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.

de 100.000 japoneses, destacando-se também *Dred Scott*, quando se reafirmou a discriminação contra os negros.

Ronald Dworkin é cortejado em tal pesquisa, que destaca sua filosofia como aquela que concebe o ativismo do Poder Judiciário como forma de proteção dos direitos constitucionais, “o caminho para a Corte cumprir sua função e servir os cidadãos pela justiça pública”<sup>3</sup> (DWORKIN, 2006, p. 1-2). Quanto aos possíveis riscos resultantes de seus “excessos *pela opulência ou pela carência, devem encontrar sua equação no equilíbrio advindo da hermenêutica e da argumentação*”<sup>4</sup>.

Daí decorre que, diante de protagonistas e também de opositores, o Ativismo Judicial tem sido matéria de constantes debates que buscam lançar luzes sobre as discussões acaloradas que daí exsurtem, especialmente quanto à supremacia constitucional e ao *judicial review*, atualmente adotados no Brasil de forma notória pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento de concreção dos direitos humanos fundamentais.

A improcedência da ADI 3510 que julgou pela constitucionalidade da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) permitindo a pesquisa científica em células-tronco embrionárias; a demarcação das terras indígenas na área Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto); as Súmulas Vinculantes nº. 11 (contra o uso abusivo das algemas) e nº. 13 (contra o nepotismo), e, por último, em 05 de maio do fluente ano, o reconhecimento da união homoafetiva estável (ADI 4277 e ADPF 132), testemunham o prenúncio de um novo tempo onde o “**ativismo judicial progressista**” se apresenta consagrado.

## 6 CONCLUSÃO

Deste estudo é possível apontar como conclusão, o fato de que o ativismo judicial progressista é um inegável vetor da democracia e de consolidação dos direitos fundamentais.

---

<sup>3</sup> a way for a Court to live up to its obligation to serve as citadel of the public justice.

<sup>4</sup> Pronunciamento do jurista Fernando José Armando Ribeiro, na palestra intitulada: “*Judicialização da Política na Política Comparada*”, no Congresso “Constituição e Processo - entre o Direito e a Política”, realizado em 13 e 14 de Setembro de 2010, em Belo Horizonte-MG, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica em parceria com a PUC/Minas.

Para tanto os magistrados, numa permanente interpretação construtiva da lei ou de qualquer outro padrão de norma, devem criar o Direito a ser aplicado em um certo caso concreto, notadamente quando se tratar dos reconhecidos *hard cases*, que não são previstos por uma determinada regra específica da esteira jurídica nacional.

Nessa dinâmica, buscando a reengenharia da lei, imprescindível se torna que o julgador rompa com a teoria positivista do direito e passe a utilizar, em sua interpretação, os valores e princípios explícitos e implícitos na Constituição, e em todo o sistema normativo pátrio.

O atual retrato social brasileiro tem exigido mudanças urgentes e pontuais. Entretanto, tais mudanças não vem sendo contempladas pelo Legislativo, que ora peca por omissão, ora por ineficiência na elaboração de leis inócuas e inoperantes, que podem inspirar decisões teratológicas se não forem hermeneuticamente interpretadas.

Seja como for, em qualquer hipótese, a resposta, imprescindivelmente, há que ser justificada e exaustivamente motivada em princípios jurídicos que se coadunem com a democracia e com o direito de igual proteção para todos. Portanto, não são produto de discricionariedade do julgador nem de suas convicções meramente pessoais.

Uma vez motivadas as decisões, não há que se falar de “*juristocracia*” ou de “*governo dos juízes*”, nem mesmo de usurpação dos poderes do Legislativo pelo Judiciário mediante a aplicação do “*Judicial Review*”, uma vez que aquele, ao assim agir, apenas pretende compor o silêncio ou mesmo o desencontro da norma com a realidade fática, encontrando soluções muitas vezes de caráter contramajoritário, numa total reengenharia do controle de constitucionalidade das leis.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: totalitarismo, o paroxismo do poder; uma análise dialética. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. 2010.

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

BENDA, Ernesto. **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1100>>. Acesso em 19 de jan. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, 1977.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, 2001 e 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CROSS, Frank B. and Lindquist, Stefanie A., **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23; Univeristy of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939768>

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Massachusetts: Harvard University, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



ESTEVES, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais**. Disponível em: [http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira\\_edicao/artigo\\_Zulmar\\_Fachin\\_funcoes.pdf](http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf). Acesso em 10 de mar. 2010

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luíza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 2nd. Durhan: Duke University Press, 1997.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo judicial**. BDJur, Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em 10 de mar. 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARSHALL, William P., **Conservatives and the seven sins of judicial activism** (September 2002). University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=330266> or doi:10.2139/ssrn.330266

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. In: Novos Estudos. CEBRAP, n. 58, novembro de 2000.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. 2005. 327f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

PLATÃO. **A República**. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A crise dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://domtotal.com.br/colunistas/detalhes.php?artId=84>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. *In*: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Ativismo Judicial. Realidade admissível apenas para a concretização dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <[www.buscalegis.ufse.br/revistas/index.2009](http://www.buscalegis.ufse.br/revistas/index.2009)>. Acesso em: 20 de jun. 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais**. *In*: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Millôr Fernandes. 8 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso: 03.04.2009.

TORO, José Bernardo. **Horizonte ético da mobilização social**. Disponível em: <<http://www.eurooscar.com/Direitos-Humanos/direitos-humanos3.htm>>. Acesso em: 27 de jul. 2010.

VALE, André Rufino do. **Reis-juizes ou reis-legisladores? O dilema platônico e o problema da legitimação democrática da Jurisdição Constitucional**. Disponível

em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/56/33>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. **Revolução processual do direito e democracia progressista**, *in* Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465.