



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE SUPERAR A INEFICÁCIA
LEGISLATIVA NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Aluno: Thalles Sobral Barboza

Orientador: Prof. Helder Leonardo de Souza Goes

Aracaju
2015

THALLES SOBRAL BARBOZA

**ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE SUPERAR A INEFICÁCIA
LEGISLATIVA NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo - apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Tiradentes
– UNIT, como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovado em ___/___/___.

Banca examinadora

Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE SUPERAR A INEFICÁCIA LEGISLATIVA NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

Thalles Sobral Barboza¹

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir o ativismo judicial enquanto forma de superar a ineficácia legislativa. Desde sua origem no direito comparado, nos Estados Unidos, até seu desembarcar no Brasil com o início da redemocratização, no ano de 1988. A metodologia utilizada consisti em busca de fontes documentais e revisão de literatura a respeito da temática. Orientou-se a discussão na busca dos alicerces legais e filosóficos que permitiram ao ativismo judicial se manifestar no Brasil. Ao elencar posicionamentos positivos e negativos, pondera-se que os aspectos positivos do ativismo superam com demasia qualquer possível efeito adverso que esta realidade judiciária possa oferecer. Conclui-se que um Judiciário Ativo floresce devido a um recuo dos demais poderes, legislativo e executivo. No Brasil, em específico, o ativismo decorre de um sistema político que enfraquece a representatividade do Legislativo. A população, diante do anseio por mudanças sociais, por não serem atendidas nas portas do Congresso Nacional, buscam o amparo do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Crise de Representatividade. Ineficácia Legislativa.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é discutir as formas através da qual o ativismo judicial surge no Brasil pós Constituição de 1988, em especial, através das formas de controle de constitucionalidade concreto e difuso e sopesar o poder-dever do juiz em não se amoldar às amarras legais ao não permitir que a lei abstrata cause injustiças concretas.

Para isso, é necessário buscar as origens do ativismo judicial no direito comparado, nos Estados Unidos buscando um nexos desse surgimento com o direito contemporâneo, em específico com o brasileiro.

Ademais, através de pesquisa bibliográfica, buscou-se posicionamentos acerca do ativismo judicial, perquirindo, nas obras de juristas brasileiros e estrangeiros os meios pelos quais o ativismo se manifesta, suas críticas e seus posicionamentos para adentrar na origem e legitimação do ativismo judicial e de que maneiras este se apresenta no plano exógeno.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: thalles.sb@gmail.com.

O presente trabalho encontra sua relevância nas mudanças sociais ocorridas pós-redemocratização brasileira, devido à reforma do judiciário que deixa de ser subserviente ao poder ditatorial e encontra sua própria voz. Isto não ocorre com o legislativo, em movimento reverso, ele continua subserviente ao executivo e falha, por diversas vezes, em sua função constitucional. Dessa sorte, este trabalho procura explicar a legitimidade desse movimento social de fuga do legislativo para o judiciário.

Por oportuno, o texto abrange a problemática do surgimento do ativismo judicial com o caso *Lochner versus New York* (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1905) em que os juízes se insurgiram à aplicação de uma lei laboral que limitaria o princípio da livre contratação. Analisa-se a questão do primeiro uso da expressão ativismo judicial, em específico, conforme é descrito pelo historiador americano Arthur Schlesinger, com sua descrição de juízes campeões do auto-comedimento versus juízes ativistas. Por fim, trata sobre a problemática da crise da representatividade no direito brasileiro como subsídio para auto afirmar a legitimidade do ativismo judicial. Explica-se, principalmente, que o ativismo surge como forma de suprir um vácuo deixado por outro poder e este vácuo, no Brasil, está amplamente presente no legislativo. Ademais, busca-se os fundamentos filosófico e normativo para explicar a legitimidade do ativismo judicial no ordenamento pátrio.

2 CONCEITOS INICIAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Da Origem do Ativismo

O ativismo judicial tem sua origem nos Estados Unidos, mais especificamente, com o caso *Lochner vs New York* (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1905). A situação emblemática envolvia Lei Nova Yorkina que limitava para dez o número de horas que um padeiro poderia trabalhar diariamente, com o máximo de sessenta horas semanais. Por cinco votos a quatro a Suprema Corte Americana afastou os argumentos de que a lei seria essencial para proteger a saúde dos padeiros.

Para a Suprema Corte Americana, trata-se de medida desarrazoada, desnecessária e arbitrária, interferindo com os direitos e liberdades individuais que os indivíduos têm para contratar. Liberdade esta que, segundo a Suprema Corte, estaria implícita na noção de devido processo legal (*due process of law*) que se encontra na seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (CONGRESS, 1868).

*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*²

Deu-se início ao que se denominou “Era Lochner”, um período de 40 anos em que as intervenções estatais no domínio econômico foram peremptoriamente rechaçadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA).

Foi uma decisão polêmica e controvertida que levou à invalidação de leis federais e estaduais que buscavam regular as condições de trabalho na era da grande depressão. É fruto de uma ideia de Estado mínimo que pregoava a primeira dimensão de direitos de Bonavides (2006, p. 563) ao relatar das liberdades negativas clássicas. Tratava-se de uma resposta que o estado liberal deu aos recém abolidos estados absolutistas que dominavam as formas de estado até meados do século XVIII.

Para Sarmiento (2006, p. 12-13) “os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Percebe-se quão íntima a ligação entre a noção de primeira dimensão dos direitos fundamentais com o caso *Lochner vs New York*. Houve uma tentativa judicial de “ativamente” impor limitações ao poder Legislativo, sobrepondo o papel do judiciário de mero intérprete legal.

Porém, apenas após 1947 a expressão *judicial activism* entra no dicionário jurídico, através de uma matéria da revista Fortune denominada de *The Supreme Court: 1947*, escrita pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. (KMIEC, 2004, p. 1446) .

Para o autor, a Suprema Corte Americana se dividia em “juízes ativistas”, “campeões do autocomedimento” e “juízes intermediários”. Os ativistas acreditavam que o papel do judiciário ia além do mero aplicar leis, ultrapassando as amarras legais e atuando segundo os anseios de justiça e produção de melhorias sociais.

Como bem observa Teixeira (2012, p. 39):

² Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, são sujeitas à sua jurisdição portanto, são cidadãos dos Estados Unidos e nos Estados em que residem. Nenhum Estado poderá criar ou forçar qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem deverá qualque Estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; ou negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a proteção igualitária das leis (Tradução própria).

Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os *judicial activists* entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta "correta" em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador. Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de um ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhorias sociais que devem nortear o julgador.

Nestes termos, percebe-se que o autor, ao explicar Schlesinger, verificou que para os *judicial activists* decidir é um ato indissociável de direito e política, estão intrinsecamente conectados. Fato contínuo, por se tratar de ato político, não há escolhas definitivas. Esta ideia se contrapõe ao do auto comedimento, que traz uma ilusão de objetividade no ato decisório. Esta ilusão seria um entrave aos anseios de justiça e melhorias sociais que, segundo o autor, deve nortear o julgador.

O primeiro uso jurídico da expressão ativismo judicial, na opinião de Keenan D. Kmiec é de difícil precisão, mas ele afirma que Joseph C. Hutcheson Jr. foi o primeiro a usá-lo em um parecer judicial.

*Hutcheson authored the first recorded use of the term "judicial activism" in an opinion overruling a trial court decision by then-District Judge Skelly Wright. The case was Theriot v. Mercer, a "rather bizarre" tort action, "bolstered by an atmosphere of rumor and intrigue" that "took on [a] bloack and dagger aspect of political intrigue and scandal." Mrs. Wanda Mercer originally brought a wrongful death suit against Paris Theriot for allegedly striking and killing Mercer's husband with his car. The only evidence to support this was that the "decedent's body was found alongside the road on the day following the time when defendant's vehicle and others vehicles passed the place where he was later found..." After Judge Wright denied two motions for direct veredicto, a jury found Theriot guilty. On appeal, Judge Hutcheson wrote for a unanimous panel that Mercer presented insufficient evidence to prove Theriot's guilt. He held that several reversible erros during the trial tainted the jury's veredicto.*³ (KMIIEC, 2004, p. 1456)

³ Hutcheson foi o autor do primeiro uso registrado do termo "ativismo judicial", no parecer foi anulada a decisão de primeira instância pelo então juiz distrital Skelly Wright. O caso Theriot v. Mercer, foi uma "bizarras" ação de responsabilidade civil, amparada por na atmosfera de boatos e intrigas, que "assumiu um aspecto de intriga política e escândalo." Sra. Wanda Mercer originalmente trazida uma ação pela morte de seu marido, por negligência, contra Paris Theriot por supostamente atingir e matar o marido da Mercer com seu carro. A única evidência para apoiar isso foi que o "corpo do falecido foi encontrado ao lado da estrada no dia seguinte ao do momento em que o veículo do réu passou no lugar onde ele foi encontrado mais tarde ..." Depois, o Juiz Wright negou duas propostas de veredicto direto, o júri considerou Theriot culpado. Em sede de recurso, o juiz Hutcheson escreveu para um painel unânime de que Mercer apresentou insuficiente evidência para provar a culpa de Theriot.

Trata-se de uma situação fática em que Theriot é acusado de atropelar e matar o marido de Mercer com seu carro. A única evidência para corroborar isto foi o fato ter sido o corpo encontrado ao lado da estrada, no dia seguinte ao que o acusado passava no local. Hutcheson explica que isto não seria prova suficientemente forte para justificar a condenação. Este parecer vai, inovadoramente, de encontro com a Sétima Emenda da Bill of Rights dos EUA que garante a soberania do tribunal do júri. Em seu parecer ele usa as palavras *judicial activism* para justificar sua posição.

*In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any court of the United States, than according to the rules of the common law.*⁴ (CONGRESS, 1789)

Porém, Schelinger não deixa claro se este ativismo seria positivo ou negativo, nas palavras de Teixeira (2012, p. 39):

O famoso texto de Schlesinger nasce com dois problemas que parecem ter passado despercebidos aos olhos do autor: a imprecisão terminológica da expressão em debate e a indefinição quanto a ser algo positivo ou negativo. Ele rotula os juízes da Suprema Corte de "ativistas judiciais" e "campeões do autocomedimento", vincula características a cada um desses grupos, mas não deixa claro qual a melhor postura, seja do ponto de vista político ou jurídico. Em sentido semelhante ao exposto por Kmiec, vemos que o que Schlesinger já deixa claro são os conflitos internos que o ativismo judicial termina produzindo:

- Juízes não eleitos versus leis democraticamente aprovadas;
- Decisões orientadas politicamente versus decisões orientadas juridicamente;
- Uso criativo do precedente versus uso estrito do precedente;
- Supremacia da vontade popular versus direitos humanos;
- Política versus Direito.

As vozes contrárias ao ativismo judicial encontram subsídio nos conflitos apontados por Schlesinger e são de extrema importância para análise e compreensão do tema. Pois, o que

Ele sustentou que diversos erros, reversíveis, durante o julgamento contaminaram o veredito do júri. (Tradução própria).

⁴ De acordo com o direito consuetudinário, onde houver controvérsia que ultrapasse 20 dólares, o direito ao julgamento pelo júri deverá ser preservado, e nenhum fato julgado pelo júri deverá ser reexaminado em nenhuma corte dos Estados Unidos, que não seja de acordo com a lei costumeira.

separa o benefício e o malefício do sobredito ativismo está, apenas, na frequência e abrangência em que é utilizado.

2.2 Do Problema da Legitimidade

A partir desses apontamentos é possível verificar os conflitos existentes entre juízes não eleitos versus leis democraticamente aprovadas. Juízes, apesar de apresentarem competência, não são dotados de legitimidade para discutir conveniência e mérito de leis democraticamente aprovadas pelo Parlamento. Estes, eleitos pelo povo, têm aptidão para discutir e alterar as políticas públicas e sociais no ordenamento jurídico.

Em segundo ponto, há a discussão sobre o núcleo que deveria reger as decisões, se seriam orientadas politicamente ou orientadas juridicamente. Como é cediço, decisões orientadas juridicamente possuem escopo legal, deve interpretar e se amoldar à lei, mesmo que haja elasticidade jurídica possível para o *meritum decisium* não deve o juiz contrariar o texto legal, a menos que este se contraponha a mandamentos constitucionais.

O terceiro ponto remonta o uso criativo do precedente ou uso estrito do precedente. A justiça nos EUA dá especial importância aos precedentes judiciais (*stare decisis*), não se olvidando que o Brasil adote um sistema *civil law* permeado de pontos em comum com a *Common Law*, trazidos com a criação das Súmulas Vinculantes. Estas, a lume pela Emenda Constitucional 45/04.

O quarto ponto de conflito remonta a supremacia da vontade popular de encontro com os direitos humanos. É inerente ao sistema democrático e é exercida pelos representantes eleitos direta ou indiretamente. Porém, as decisões desses representantes eleitos, nem sempre estão de acordo com normas de direitos humanos eminentemente expressas na Constituição Federal. Logo, diante desse conflito, deve o juiz ativista superar a lei, injusta, para afastá-la.

Por fim, há o conflito entre política e direito. Para Schlesinger, os ativistas judiciais acreditam que a lei e política seriam inseparáveis. As decisões judiciais seriam “orientadas ao resultado”. Segundo essa lógica, a ideia de permanecer inerte diante de uma retenção legal injusta seria uma abdicação da responsabilidade. Schlesinger (KMIEC, 2004, p. 1446) diz “A corte não pode escapar à política: então, deixe que ela use o poder político para o propósito do social”. Para ele, o auto comedimento é, na melhor das hipóteses, uma miragem.

Para Kmiec (2004, p. 1451),

In its early days, the term “judicial activist” sometimes had a positive connotation, much more akin to “civil rights activist” than “judge misusing authority.” Take, for example, references to the late Justice Frank Murphy. Albon P. Man observed that “Murphy’s votes in civil rights cases reflect not only his objectivity and Independence as a judge but also his position as perhaps the outstanding judicial activist on the Court.” Alfred Scanlan offered similar praise for Justice Murphy’s judicial activism in civil rights issues, answering the criticism that such activism is undemocratic.⁵

Pode-se retirar, do pensamento do autor, que o termo “ativismo judicial”, em seus primórdios, teve uma conotação positiva. Estava muito mais ligado ao ideário dos ativistas pelos direitos civis do que juízes abusando sua autoridade. Para responder ao chamado de que o ativismo judicial seria antidemocrático, Scanlan (KMIEC, 2004, p. 1451) respondeu:

We sanction the decisions of the rule of the majority when they come from the duly and democratically elected representatives of the people. When that majority will tries to undercut or impair the basic principles upon which it rests, namely, the free play of opposing views, practices, parties, etc., then the Court, as guardian of the Bill of Rights, must step in. We will not tolerate democracy to be destroyed in its own name. Justice Murphy grasped that.⁶

É clara a intenção de Scanlan em não permitir que haja uma espécie de ditadura da maioria, fazendo com que um governo eleito democraticamente tente reduzir ou impactar os princípios pelos quais se fundam os antagonismos e diversidades políticas. São perfeitas as palavras usadas pelo célebre autor ao afirmar, no texto acima, que: “Nós não toleraremos que a democracia seja destruída em seu próprio nome”.

Percebe-se que a Carta Republicana inseriu diversas prerrogativas ao magistrado, relegando-o a uma atuação mais incisiva no âmbito social. Esta aferição se deve a uma prospecção feita pelos constituintes de que a lei não pode abarcar todos os fatos da vida e que

⁵ Em seus primórdios, o termo ativismo judicial, algumas vezes, possuía uma conotação positiva, muito mais familiar ao ativismo pelos direitos civis do que “juízes abusando de sua autoridade”. Use, como exemplo, referências ao Juiz Frank Murphy. Albon P. Man observou que “os votos de Murphy nos casos envolvendo direitos civis não refletiam apenas sua objetividade e independência como juiz, mas, também, sua marcante posição como juiz ativista da Corte” Alfred Scanlan ofereceu louvor às decisões de Murphy nos casos de direitos Civis, respondendo às críticas de que tal ativismo seria antidemocrático (Tradução Própria).

⁶ Nós sancionamos as decisões do governo da maioria quando elas vêm de representantes eleitos democraticamente pelo povo. Quando a maioria tentar diminuir ou impactar os princípios básicos no qual reside a liberdade de divergências, práticas, partidos etc. então a Corte, enquanto guardiã do Bill of Rights, deve assumir seu papel. Não aceitaremos que a democracia seja destruída em nome dela mesma (Tradução Própria).

cabe ao juiz preencher as lacunas normativas. Além disso, leis podem ferir direitos e garantias impostos pela própria Carta Constituinte, para sanar esse mal, ela fez a previsão de um órgão constitucional para fazer seu controle abstrato. Foi mais além, delegou, a todos os juízes, poderes para, no caso concreto, observar a constitucionalidade das leis e afastá-las, se necessário.

Cunha Jr (2011, p. 43), alega que:

Um dos maiores óbices ao reconhecimento do controle judicial de constitucionalidade das leis é a invocada falta de legitimidade democrática dos juízes, que não são eleitos nem representam, conseqüentemente, a vontade popular. Esse obstáculo é frequentemente levantado sob o argumento de que não é admissível que juízes não eleitos pelo voto popular possam controlar e invalidar leis elaboradas por um Poder Legislativo eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito. Para estes autores, a atuação dos juízes no controle de constitucionalidade das leis (no âmbito da chamada justiça constitucional) pode causar o que Dieter Grimm designou de “risco democrático”.

Esse problema de representatividade tem se mostrado infundado, pois, ainda nos dizeres de Cunha Jr. (2011, p. 43) “a experiência constitucional de vários Estados tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar nem realizar seus valores fundamentais sem uma justiça constitucional”. Dessa maneira, o poder ativo do juiz deve ser considerado uma “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2013, p. 100).

Verifica-se a importância impregnada no ativismo judicial, em especial ao controle jurisdicional ao afirmar que “a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional se tornaram um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos” (CUNHA JR, 2011, p. 45).

A ideia de um legislativo soberano por se apresentar como representativo popular e com as amarras da separação dos poderes dão lugar a uma espécie retrógrada de Estado, incompatível ao estado democrático de direito que se baseia na garantia dos direitos fundamentais. O legislativo não é soberano, assim como não o é o judiciário, essa lógica foi alterada pelas noções de supremacia da Constituição, como bem explica Cunha Jr. (2011, p. 45):

Desse modo, a ideia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular, e da separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cederam espaço para o novo paradigma do Estado

Democrático de Direito, que se assenta num regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais, onde a justiça constitucional é nota essencial. Com efeito, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição, em face da qual o Legislativo é um Poder constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da separação de Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado.

Ademais, o direito constitucional moderno adere especial importância ao regime democrático e aos direitos fundamentais de sorte que repele possíveis ditaduras de maioria. Cunha Jr. (2011, p. 46) leciona que o sistema representativo vive um momento de crise, a qual a maioria parlamentar não corresponde com a vontade popular:

Destarte, o constitucionalismo moderno encarece um Estado democrático de Direito construído sobre os pilares do regime democrático e dos direitos fundamentais, de tal modo que as constituições contemporâneas imunizam-se contra as próprias maiorias, quando estas não estão a serviço da realização dos direitos fundamentais ou tendem a sufocar as minorias. Nesse particular, vale o registro da “crise” pela qual passa o sistema representativo, onde a maioria parlamentar, em regra, não corresponde com a vontade popular, uma vez que a representação política não mais se presta como efetivo instrumento de representação dos interesses da população, circunstância que vem fortalecendo a descoberta de novos instrumentos de representação popular.

Cunha Jr. (2011, p. 46) discorre sobre a problemática da crise de representatividade como um dos argumentos-chaves para explicar a legitimidade de um judiciário ativo, capaz de fazer o controle das leis, no controle abstrato e concreto. Percebe-se uma transmutação da lei, que outrora era simulacro da vontade popular, e agora máquina de manutenção do *status quo* e opressão a direitos fundamentais instituído na Constituição.

A crise da representação política e, conseqüentemente, da democracia representativa calcada na ideia da representação popular sintetiza a compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição. A história e a experiência constitucional vêm demonstrando que os parlamentos eleitos para servirem à vontade popular, têm prestado um desserviço à população – com a elaboração de leis conformadas e comprometidas tão-somente com a vontade governamental e à custa dos direitos fundamentais. É nesse contexto que emerge a necessidade de uma justiça constitucional capaz de proteger, através do controle de constitucionalidade os direitos fundamentais, as minorias, o sistema democrático e toda a Constituição. Isso porque, reiteramos, o sistema democrático fica gravemente afetado com qualquer violação a um direito fundamental reconhecido na Constituição (CUNHA JR, 2011, p. 46).

Cunha Jr. (2011, p. 375), em seu Curso de Direito Constitucional, responde às objeções dirigidas à legitimidade do Poder judiciário ao controlar os atos normativos do poder legislativo, inferindo numa suposta afronta à separação dos poderes.

A essa objeção deve-se responder, entretanto, que o órgão controlador não opõe sua própria vontade ao Legislativo, mas a vontade mesma da Nação, expressa de modo mais elevado, mais vigoroso e mais solene, na Constituição. Entre a vontade da Nação, estabelecida de modo irreformável por lei ordinária, na Constituição, e a vontade da Nação manifestada pelo Legislativo através da lei ordinária, e em desacordo com a Constituição, é evidente que só à primeira cabe prevalecer. Se num país de rigidez constitucional acha-se a lei ordinária em desacordo com a Constituição, essa lei ordinária é apenas uma aparência da vontade nacional, uma pseudovontade da Nação, pois a autêntica, a verdadeira vontade nacional já se manifestou, cercado-se de todas as cautelas, soberana e inconfundível, nos preceitos constitucionais.

O respeitado constitucionalista Dallari (2010, p. 97 *apud* CUNHA JR.,2011, p.48) explica que:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo o seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimação tem especial importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

É inegável que a legitimidade do ativismo judicial encontra subsídio no seu poder de sopesar os valores democráticos. Via de consequência, essa legitimidade só encontra razão de existir enquanto harmoniosa a decisão com os valores da sociedade incutido na Constituição, quando ultrapassa este conceito, há de se falar abuso de poder.

Cunha Jr. concebe que a jurisdição constitucional possui legitimidade formal quando deriva da própria carta constituinte e legitimidade material que se amolda à necessidade de resguardar os direitos fundamentais. A partir dessa visão, ele sustenta que a ideia do controle de constitucionalidade estaria ligada “à própria lógica da soberania popular, cuja expressão máxima é a Constituição”.(2011, p.50)

Em citação ao eminente Jurista norte-americano Thomas Cooley, Cunha Jr. (2011, p. 50) colaciona:

O fim dos tribunais é aplicar a lei local às contendas que, uma vez suscitadas, são levadas à decisão deles. Sua autoridade é coordenada à autoridade do Poder Legislativo. Não lhe é nem superior nem inferior, mas cada uma dessas autoridades deve agir com igual dignidade dentro da esfera que lhe é assinalada. Porém o Poder Judiciário, tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do Poder Legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não puderem conciliar. Neste caso, como o Poder Legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anula na prática.

Percebe-se, acima, a especial preocupação do autor em reconhecer os limites do poder legislativo e o papel essencial do poder judiciário em verificar e fazer o controle do excesso legislativo. É inexorável e indiscutível o valor atribuído aos atos de ativismo judicial, quando utilizado para suprir omissão legiferante. Pois, como é cediço, a realidade brasileira é clara em demonstrar a mora e ineficácia legislativa.

Cumprido delinear as perspectivas para o ativismo judicial no Brasil. Conquanto fenômeno recente, trazido, em especial, pela reforma oriunda da Emenda Constitucional 45/04 tem recebido boa acolhida pelos leigos e opinião pública nos julgamentos mais midiáticos transmitidos pela TV Justiça.

Teixeira (2012, p. 48) define o que seria um juiz ativista:

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete.

A propósito, conquanto exista a problemática da suposta usurpação do poder, não pode o judiciário corroborar com a omissão do legislativo ou executivo. Não há o que Teixeira (2012, p. 46) denomina de “ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre

racionalidade jurídica e racionalidade política”. Continua Teixeira (2012, p. 50), ao asseverar que:

Em um cenário político-institucional de elevada burocratização, de progressiva judicialização das relações sociais e de crescente distanciamento da relação entre Estado e indivíduo, o ativismo judicial positivo corrobora, em caráter de exceção, para a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição. As técnicas hermenêuticas possuem grande desenvolvimento em solo pátrio para poder oferecer elementos precisos na determinação de condutas judiciais ativistas positivas ou nocivas, de modo que seja possível exercer um controle já dentro do próprio judiciário em relação aos eventuais excessos. Embora o Estado não apresente estruturas eficazes de mediação dos conflitos sociais de modo extrajudicial, ele mesmo se vale do Judiciário como forma de se fazer presente na realidade social e de reafirmar a sua legitimidade como agente responsável pela promoção da paz social.

Independentemente da posição adotada, se deseja demonstrar nocivo ou não o ativismo judicial, deve-se ter em mente que ele corresponde ao anseio da população em ser atendido diante de um Estado ineficaz e insuficiente. É o que Teixeira denomina de “patologia constitucional”. Algo que, em última análise, deveria ser tratado como um remédio pontual e excepcional que é, hodiernamente, utilizado pelos tribunais para solucionar os mais diversos conflitos sociais.

Para Cunha Jr. (2011, p. 58), até mesmo Kelsen defende que as leis sejam fiscalizadas por um órgão alheio ao que elaborou:

KELSEN, em suma, defendeu a criação da jurisdição constitucional, em especial de um Tribunal Constitucional, partindo do pressuposto de que ninguém pode ser juiz em causa própria de modo que: não se pode confiar a invalidação de uma lei inconstitucional ao mesmo órgão que a elaborou; assim, tal competência deve ser atribuída a um Tribunal Constitucional. A alegada “soberania do parlamento” não é argumento impeditivo desta *judicial review of legislation*, pois soberano é o Estado em seu conjunto e o parlamento está subordinado à Constituição.

O eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso, ao enfrentar essa problemática, em seu livro de Controle de Constitucionalidade constatou duas dificuldades doutrinárias quanto a aceitação do *judicial review*, são elas:

A primeira: a denominada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*), resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis – e que se exaurem no âmbito do próprio Judiciário -, não estão sujeitos a qualquer

tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação, por via de emenda à Constituição (BARROSO, 2012, p. 79).

Conquanto as inúmeras discussões trazidas acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade, a tese que defende o seu uso foi amplamente vitoriosa nos dizeres de Barroso. Os motivos apontados pelo autor são:

A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma proposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais. Essa linha de argumentação funda-se sobre a premissa de que a interpretação constitucional seja uma atividade mecânica, subsuntiva de determinados fatos à dicção inequívoca da norma. Não se tratando, portanto do exercício de uma competência livre ou discricionária, não se está diante de qualquer risco democrático (BARROSO, 2012, p. 79).

É verificável que o debate perde a razão de existir quando se observa que são os positivistas que defendem a ideia de um judiciário subserviente à Lei, para eles, há respeito absoluto à separação dos poderes. Porém, a doutrina moderna não aceita mais a ideia de normas com sentidos únicos, é cediço que as normas, em sua grande maioria possuem uma gama de possibilidades interpretativas. Dessa sorte, “a atividade de interpretação da norma consistirá também em um ato de vontade (volitivo), uma escolha, envolvendo uma valoração específica feita pelo intérprete” (BARROSO, 2012, p. 62).

Contudo, Barroso (2012, p. 66) requer cautela, uma espécie de limite a este ativismo jurisdicional ao alegar que:

Assim, da confluência das duas vertentes parece possível extrair com segurança a afirmação de que a Constituição desempenha dois papéis principais, mutuamente implicados. O primeiro é veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que não devem ser preteridos por maiorias política ocasionais. O segundo é assegurar o espaço próprio do pluralismo político, representado pelo abrangente conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política.

Não é mais possível imaginar a ideia de democracia que se reduz a representantes eleitos pelo povo. Barroso (2012, p. 66) afirma que vivemos uma era de:

Democracia deliberativa, em que o debate público amplo, realizado em todo o contexto de livre circulação de ideias e de informações, e observado os respeitos aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas.

Essa mudança no entendimento do papel do Juiz é oriunda da transição de uma cultura jurídica meramente positivista/formalista para uma cultura jurídica mais afeta às inovações dos métodos de trabalho e à estimativa dos impactos das decisões judiciais na sociedade, seja em seu aspecto macro ou micro.

O ativismo apresenta pontos conexos de dois mundos, da política e do direito. Quem melhor trabalha este conceito é Koerner (2013, p. 72), ao asseverar que:

O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria prejudicial à construção conceitual do Estado de direito, requisito para um sistema político democrático capaz de atender às exigências da dignidade humana (Ramos). O risco pode estar na perda de medida das decisões, na falta de justificação ou no desvio da atenção quanto aos problemas de reforma política (Barroso).

Koerner defende que o meio para superar o problema normativo seria a busca de um novo equilíbrio. O judiciário voltaria à harmonia com a ordem constitucional e a democracia. Este equilíbrio, defende o autor, se deu a partir dos movimentos constitucionais como o neoconstitucionalismo e os pós-positivistas. Essas teorias que atribuem força normativa à constituição fazem profundas mudanças na concepção de Estado, mais especificamente quanto ao poder judiciário ao defender que é papel dos tribunais garantir a “efetivação dos compromissos constitucionais” (KOERNER, 2013, p. 73).

Ao explicar a maneira peculiar que a tradição norte-americana trata a problemática Koerner aduz que o juiz aparece como continuador das tradições jurídicas. É dever do julgador salvaguardar os direitos dos indivíduos ao assegurar o julgamento pelos pares, o devido

processo e a prevalência do *common law*. As mudanças na cultura jurídica americana têm por base o New Deal. (KMIEC, 2004, p. 1445).

2.3 Do Problema da Discricionariedade

Ao tratar da questão da discricionariedade do juiz, Ikawa (2004, p. 97) remete às obras de Dworkin e Har. Ela trata da discricionariedade nos casos de lacuna legal e nos casos difíceis.

A priori, é necessário delimitar o que esses autores entendem por discricionariedade. Ikawa (2004, p. 98) explica:

O estudo da divergência entre Hart e Dworkin quanto à existência ou não de discricionariedade do juiz em casos difíceis pode ser mais bem explicitada apontando-se as três acepções para o termo “discricionariedade”, indicadas por Dworkin. A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras acepções perfazem, para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira responde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, à ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma. Essa terceira acepção estaria por fim ligada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios, da competência ou incompetência do juiz de elaborar leis.

É possível observar que para Dworkin, há duas espécies de discricionariedades: a primeira é a aplicação de critérios que um homem razoável poderia interpretar de formas diversas. A segunda, retrata a inexistência de uma revisão da decisão do juiz por uma instância superior. A essas duas espécies de discricionariedade Dworkin afere a característica de discricionariedade em sentido fraco. Ikawa explica que discricionariedade em sentido forte é aquela que a lei não vincula a padrões previamente determinados, não há padrões de comportamento que a lei espera do juiz.

Contudo, Hart não concorda com o entendimento de Dworkin, Ikawa (2004, p. 98) colaciona a seguinte crítica:

Embora essa classificação seja esclarecedora para o entendimento das questões de completude e incompletude, de princípios e regras, ela não é um ponto pacífico. Vale destacar duas divergências a respeito. A primeira parte de Hart. Dworkin entende que Hart descreveria a discricionariedade em sentido fraco como a possibilidade do juiz de estabelecer uma regra legal nos casos de lacuna, confundindo o sentido fraco com o sentido forte.

Confundidos os dois sentidos, restaria pouco clara a diferença entre a tese de Dworkin e a de Hart.

No mesmo sentido, entende Yanal. Ikawa (2004, p. 98) explica que Yanal classifica a discricionariedade em Hart não como uma discricionariedade em sentido forte, mas em sentido moderado, pela qual o juiz decidiria dentro de parâmetros e regras relevantes ao caso.

De plano, percebe-se que a questão da discricionariedade está incutida na ideia de existência ou não de um dever legal do juiz de decidir determinada demanda diante de uma completude ou incompletude legislativa.

Para Hart, um dever legal existe apenas na pré-existência de uma regra social. Estando o dever legal nesse campo de pré-existência normativa, haveria espaço para discricionariedade em sentido forte, em outras palavras, seria possível imaginar hipóteses de não vinculação legal do juiz.

Em síntese, a discussão de Hart e Dworkin remontam aos métodos que o juiz deve utilizar para resolver os *hard cases*, casos em que a lei não oferece solução pacífica e de fácil compreensão. Diante de um *hard case*, Hart defende que o juiz deve se valer de um método interpretativo bifásico, em que existe um dever social pré-existente à norma. Esse dever social deve ser considerado antes da análise normativa o que poderia se valer de uma discricionariedade em sentido forte.

Essa situação é criticada por Dworkin que deseja meios mais objetivos para a solução dos *hard cases*. Dworkin deseja se valer de um sistema monofásico em que o juiz deve usar critérios do homem razoável, e buscar, dentro de uma visão jurídica holística, se valendo de princípios e postulados jurídicos variados, a solução do caso apresentado.

É inegável a correlação da discussão dos *hard cases* com o ativismo judicial, é diante da possibilidade de discricionariedade que os juízes fazem uso do ativismo. Seja a discricionariedade defendida por Hart ou a defendida por Dworkin.

As críticas apresentadas neste texto fazem referência, além da problemática da legitimidade, a uma possível arbitrariedade que um juiz ativista poderia causar. Para solucionar essa problemática, Hart e Dworkin apresentam soluções divergentes, sendo a solução de Dworkin a que mais se coaduna a critérios objetivos de decisão.

3 DA CRISE DA REPRESENTATIVIDADE

O ativismo judicial surge, no Brasil, como forma de superar a ineficácia legislativa e está ligada ao engessamento político pós redemocratização brasileira. De 1988 até os dias atuais é possível verificar um sistema político de baixíssima representatividade e um congresso moroso em responder aos anseios populares. A esse respeito Barroso (2012, p. 27), explica:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

Barroso (2012, p. 27) afirma que a diferença de uma sociedade com um judiciário ativista e um judiciário autocontencioso está graduado em função do prestígio que os demais poderes apresentam, conforme se verifica adiante:

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes.

O *status quo* legislativo apresenta clara dissociação com a realidade política brasileira. A maneira pela qual se faz política no Brasil está em crise e necessita de reformulação que atenda os justos desejos de representatividade da população.

Por mais críticas que existam ao ativismo judicial, todas merecedoras de atenção, este tem se demonstrado mais benéfico que maléfico na sociedade brasileira que não consegue ver seus interesses representados pela classe política. Barroso (2012, p. 27) ao abordar o tema afirma que:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil.

Barroso apresenta três objeções ao ativismo judicial. A primeira é o risco para a legitimidade democrática brasileira. Conforme já dito anteriormente, os membros do poder

judiciário não são agentes públicos eleitos. Ao analisar o tema da “dificuldade contramajoritária”, ele encontra duas justificativas, uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica.

O fundamento normativo decorre do fato de a Constituição brasileira delegar ao poder judiciário expressamente a atribuição para conhecer e julgar demandas, utilizando-se da própria Constituição e instrumentos normativos inferiores para consubstanciar seus julgamentos.

O fundamento filosófico decorre da própria ideia de Estado democrático. Pois, do Estado democrático decorrem dois pontos “Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo” (BARROSO, 2012, p. 28).

Logo, é dentro deste equilíbrio entre a soberania popular (princípio majoritário) e a limitação do Poder e respeito aos direitos fundamentais. Que surge a legitimação filosófica para o ativismo judicial.

A segunda objeção apresentada por Barroso é o risco da politização da justiça pois, segundo o autor, apesar de direito não se confundir com política, existe uma linha tênue entre os dois. Para Barroso (2012, p. 29), o direito é política nas seguintes hipóteses:

- a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis;
- b) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos;
- c) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.

Porém, ressalta, o Direito “não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O faccionismo é o grande inimigo do constitucionalismo.” (BARROSO, 2012, p. 29). Não é admissível, na realidade brasileira, que apoiadores de determinados juízes tenham privilégios em detrimento de outras pessoas que apoiaram outros juízes.

Por fim, a terceira objeção que Barroso assinala é o da separação de poderes. O Brasil adota o modelo de separação das funções estatais de legislar, administrar e julgar. Não se olvidando que cada poder exerce a função dos demais atipicamente. Entretanto, cabe ao

judiciário imprimir a palavra final às divergências interpretativas, sejam elas constitucionais ou legais.

Ainda segundo o autor, há duas doutrinas constitucionais para explorar a noção da separação dos poderes. São elas a da capacidade institucional que busca verificar qual poder está mais capacitado a decidir sobre determinado assunto. Ou seja, questões muito técnicas ou que exigem um conhecimento profundo sobre determinadas matérias alheias ao direito teriam um melhor pronunciamento através do legislativo ou executivo.

A segunda teoria é a de efeitos sistêmicos que trata das imprevisibilidades das decisões. Deve entender o juiz do efeito de suas decisões dentro do sistema social e institucional que representa. Exemplo perfeito de Barroso (2012, p. 30) é o da questão da saúde:

Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

Dessa sorte, deve o juiz compreender que além de o judiciário não possuir capacidade institucional para conhecer determinados assuntos que seriam melhor decididos pelo legislativo ou judiciário, deve compreender também os efeitos sistêmicos e imprevisíveis que ofertar um tratamento de saúde experimental e de vultuoso valor tem para todo o sistema de saúde.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível asseverar que o ativismo judicial é utilizado, pelo menos, desde o início do século XX nos Estados Unidos. Quando a Suprema Corte Americana prolatou sentença no sentido de que o Estado não possuía o direito de regular legalmente a liberdade de contratar no caso *Lochner vs New York*.

Posteriormente, Arthur Schlesinger Jr. dividiu a referida corte em juízes ativistas, “campeões do auto comedimento” e “juízes intermediários”. Os ativistas seriam os que orientavam suas condutas de maneira superior ao dos meros aplicadores legais, repetidores do legislativo ou campeões do auto comedimento. Buscavam superar as amarras legais para atingir os anseios de justiça e conduzir melhorias sociais.

Após a aceitação social tácita da ideia de juízes ativistas, discutiu-se as problemáticas oriundas dessa forma de atuação do judiciário. Os principais problemas apontados pelos autores condizem com o problema da legitimidade; da discricionariedade; da politização da justiça; por fim, da separação dos poderes.

No Brasil, um judiciário ativo surge com a redemocratização pós ditadura militar. Com a Constituição de 1988 o Brasil adentrou uma crise de representatividade com um sistema político que não satisfaz os anseios populares. Esta situação fez surgir um judiciário ativo para suprir o espaço deixado pelo legislativo.

O ativismo e o crescente alcance das decisões judiciais trouxeram receio entre doutrinadores pátrios, entretanto, é possível afirmar que os efeitos deletérios foram amplamente ultrapassados pelas vantagens do sistema. Longe de uma discricionariedade ilimitada do judiciário a sociedade pôde encontrar decisões sóbrias e avanços reais que, se deixado a cabo do legislativo, só seria alcançada em futuras gerações.

Há inegável problema na representatividade política brasileira, uma reforma política se mostra urgente. Entretanto, esta reforma encontra os mesmos entraves que fazem o ativismo judicial ser tão profícuo na cultura brasileira, a morosidade e a falta de interesse da classe política.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. [S.l.]: Malheiros, 2006. 563 p.

CONGRESS, U. S. Cornell University Law School, 1789. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/seventh_amendment>. Acesso em: 20 fev. 2015.

CONGRESS, U. S. National Archives, 1868. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 20 fev. 2015.

CUNHA JR, D. **Controle de Constitucionalidade**. 5. ed. Salvador: JusPodvm, 2011.

IKAWA, D. R. Hart, Dworkin e Discricionariedade. **Lua Nova**, São Paulo, v. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 nov. 2014.

KMIEC, K. D. Scholarship Law Berkeley. **California Law Review**, California, v. 92, n. 5, 18 novembro 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

KOERNER, A. Ativismo Judicial: Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88. **N ovos estud. - CEBRAP**, São Paulo, v. 93, julho 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 nov. 2014.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. [S.l.]: [s.n.], 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. JUSTIA US Supreme Court. **Lochner v. New York**, 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 nov. 2014.

JUDICIAL ACTIVISM AS MEANS TO OVERCOME THE LEGISLATIVE INEFFECTIVENESS POST 1988'S CONSTITUTION

ABSTRACT

This article deals with judicial activism as means to overcome the legislative ineffectiveness. Its origin in comparative law in the United States until it lands in Brazil with the onset of democracy, in 1988. The methodology consisted of literature review and searching for sources in comparative law. The discussion is guided in the search of legal and philosophical foundations that allowed the Judicial Activism manifest in Brazil. By listing positive and negative positions, we pondered that the positives aspects of activism outweigh any possible adverse effect that this legal reality can offer. It was concluded that an active judiciary flourishes due to a decline of others powers, legislative and executive. In Brazil, particularly, activism stems from a political system that undermines the representativeness of the legislative before the popular yearning for social change that by not being answered on the doors of Congress, seek the protection of the judiciary.

Keywords: Judicial Activism. Legislative ineffectiveness. Representation crisis.