

# AS INFLUÊNCIAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NOS FENÔMENOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL\*

Anderson Vichinkeski Teixeira\*\*

Isadora Ferreira Neves\*\*\*

RESUMO: O presente artigo objetiva colaborar com o estudo dos influxos da teoria neoconstitucional no Direito Processual, especialmente no que se refere aos temas do ativismo judicial e da judicialização da política. Para tanto, partimos primeiramente de uma separação conceitual entre os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, para que se identifique o primeiro como uma postura do Judiciário e o segundo como um fenômeno contingencial permeado por circunstâncias históricas, sociais e jurídicas. Em outro momento, passamos a tratar da categoria do neoconstitucionalismo a partir da matriz teórica de Luigi Ferrajoli, que distingue o constitucionalismo no que ele denomina de *constitucionalismo garantista* e *constitucionalismo principialista*, este último identificado com o neoconstitucionalismo. A partir daí, procedemos à abordagem dos principais pontos que caracterizam a teoria neoconstitucionalista e, por fim, analisamos a forma como essa teoria acaba por reforçar o imaginário de que o Direito Processual precisa defender uma postura ativista para que sejam cumpridas as promessas da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Judicialização da política. Neoconstitucionalismo.

## Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo, inicialmente, problematizar a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política sob os influxos dos aportes teóricos da teoria neoconstitucional. Para tanto, parte-se, primeira e fundamentalmente, de uma distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, em que o primeiro fenômeno decorre de uma postura do Judiciário, enquanto o segundo é fruto de um contexto social, histórico e político que passa a demandar respostas por parte do Judiciário.

Em outro momento, faremos uma abordagem geral das considerações feitas por Luigi Ferrajoli aos componentes atuais do constitucionalismo, diferenciado pelo autor em constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista. Tais correntes são, em geral, indevidamente associadas de forma automática às noções de “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”. As contribuições de Ferrajoli e a sua separação entre

---

\* Enviado em 2/11/2013, aprovado em 24/1 e aceito em 7/4/2014.

\*\* Doutor em Teoria e História do Direito - Università degli Studi di Firenze (Itália), com período de estágio doutoral na Université Paris Descartes-Sorbonne (França); estágio pós-doutoral junto ao Departamento Teoria e Storia del Diritto - Università degli Studi di Firenze; mestre em Direito do Estado - PUC-RS; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) - Unisinos; advogado e consultor jurídico. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: andersonvteixeira@hotmail.com.

\*\*\* Mestranda em Direito Público - Unisinos; servidora do MP-BA. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Ilhéus, Bahia, Brasil. E-mail: isadoraneves@gmail.com.

constitucionalismo principialista e garantista são relevantes no sentido de delimitar até mesmo o significado semântico do neoconstitucionalismo, o que será um referencial para o presente trabalho, principalmente em virtude das divergências e ambiguidades que permeiam aquela expressão.

Uma das indagações que justificam este trabalho repousa, ainda, no problema do ativismo judicial, cuja dificuldade está intimamente relacionada com o próprio processo de interpretação constitucional. A eleição de parâmetros para a caracterização de uma decisão como ativista ou não esbarra, portanto, na controvérsia a respeito de qual seria a correta leitura de um dispositivo constitucional.

Por fim, passamos a uma breve abordagem dos influxos do neoconstitucionalismo na doutrina processual, sobretudo no que concerne aos fatores que levam a jurisdição constitucional a adotar posturas ativistas.

## 1 Ativismo judicial e judicialização da política: por uma distinção conceitual

Os termos “ativismo judicial” e “judicialização da política” são frequentemente tratados pela doutrina brasileira – ora como um mesmo fenômeno ora de forma aleatória –, sendo raros os que fazem uma clara diferenciação entre os termos. Considerando que a distinção entre os movimentos ativistas e a judicialização da política é o cerne de onde partem as considerações centrais deste trabalho, torna-se relevante esboçar uma diferenciação entre tais termos para o desenvolvimento da ideia de que o neoconstitucionalismo, em especial na forma como foi importado pela doutrina brasileira, contribui para a adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário.

Luis Roberto Barroso (2011, p. 92) acentua tal distinção no fato de que a judicialização “é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. O inverso do ativismo judicial seria a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), de modo que a principal diferença metodológica entre as duas posições “está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)” (BARROSO, 2011, p. 92).

### 1.1 A judicialização da política e das relações sociais

Considerando-se que a crescente judicialização das relações sociais é resultado direto do aumento de questões políticas e sociais que passaram a ser decididas em juízo, devemos tomar também como pressuposto o fato de que os diversos processos de globalização culminaram na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para a solução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diversas questões ajurídicas tornaram-se jurídicas e, por consequência, judicializáveis.

A perda dos sentimentos de comunidade, de reconhecimento recíproco e de identidade, responsáveis por dar coesão social às sociedades anteriores à presente *Global Age*, são frequentemente tidas como possíveis causas para a judicialização das relações sociais. No entanto, o fenômeno da judicialização da política tem um significado bem mais específico e concreto. Ele costuma representar a expansão do poder dos juízes rumo a um poder de criação normativa (característico do Legislativo), passando a atuar em searas próprias da política, e que está orientado por métodos e técnicas decisórias distintas das que habitualmente são utilizadas pelo Judiciário (VALLINDER, 1994, p. 91).

Focando no caso brasileiro, Luiz Werneck Vianna (1999) traça um panorama dos impactos da Constituição de 1988 na crescente judicialização dos anseios sociais, tendo em vista as demandas por concretização de direitos fundamentais. Levando em conta a peculiaridade do período que o autor considerou para a produção da sua pesquisa, que conta inclusive com dados empíricos, observam-se importantes contribuições para o entendimento da judicialização da política no contexto brasileiro.

Vianna (1999, p. 16) ressalta que o Estado de Bem-Estar Social combina o dirigismo econômico característico do keynesianismo<sup>1</sup> com uma transformação operada no sistema jurídico, que passa a superar as barreiras entre o público e o privado. Para o autor, a admissão do elemento de justiça pelo Direito e a proteção jurídica dos indivíduos economicamente desfavorecidos acarretaram uma “judicialização do mercado de trabalho”, no sentido em que a justiça social – demanda inerente à sociedade civil – torna-se um tema propriamente jurídico. Tal aspecto denota que a convivência harmoniosa de interesses divergentes, antes restritos aos auspícios dos movimentos sociais, passa a pautar-se pela regulação do Poder Judiciário (VIEIRA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 74-75).

Essas transformações, decorrentes em parte de um modelo de Estado (o *Welfare State*) e, em outra, de um modelo de constitucionalismo que visa a implementar os desideratos do Estado Social, provocam impactos no contexto das instituições públicas e também na própria sociedade civil, como destaca Vianna:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça. (VIANNA, 1999, p. 22)

Ao fenômeno da “invasão do direito na organização da vida social” o autor dá o nome de “judicialização das relações sociais” (VIANNA, 1999, p. 149), caracterizado pelo envolvimento das sociedades contemporâneas na semântica da justiça. Dessa forma, é transmitido ao Direito e ao Poder Judiciário o papel de resguardar as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.

De fato, a inserção de um catálogo de direitos fundamentais no texto constitucional transmite ao Estado Social uma “agenda igualitária”, que afeta não somente as

instituições públicas, mas também as relações privadas em vários aspectos do comportamento cotidiano, motivo pelo qual é demandada a intervenção do Direito para o reconhecimento das mais diversas condições no âmbito das relações privadas. É imperioso ressaltar, contudo, que essa judicialização se apresenta em caráter contingencial, fruto de transformações na sociedade e no Direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário. Tal aspecto é de fundamental importância para a distinção da judicialização (da política e das relações sociais) do ativismo judicial.

Nesse sentido, Vianna afirma que:

Na sociedade brasileira, um caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente, a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade. Neste sentido, o direito não é “substitutivo” da República, dos partidos e do associativismo - ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente. (VIANNA, 1999, p. 150)

A judicialização da política na experiência brasileira não é, portanto, resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, já que deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que tem encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Verifica-se que a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social, que foi provocado, no caso brasileiro, entre outros fatores, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social e pelo aumento da litigiosidade. Luis Roberto Barroso (2009, p. 71-72) recorda que “desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países, um avanço na justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular”.

Nessa mesma linha de raciocínio, Clarissa Tassinari destaca que:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade - característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. (TASSINARI, 2013, p. 32)

Apresentados alguns dos aspectos mais salientes acerca da judicialização da política e das relações sociais no contexto brasileiro, pontos determinantes para a sua diferenciação do ativismo judicial, passemos à abordagem desse fenômeno intrinsecamente relacionado com o protagonismo judicial preconizado pela doutrina neoconstitucionalista.

## 1.2 O ativismo judicial

Não há, na doutrina jurídica, consenso a respeito do uso do termo “ativismo judicial”, o que denota o caráter ambíguo dessa expressão. Ora é dada ênfase ao elemento finalístico (o objetivo de expansão dos direitos e liberdades fundamentais) ora a ênfase concentra-se em um elemento de natureza comportamental (prevalência das visões pessoais de cada magistrado e a sua compreensão das normas constitucionais). Tal expressão é utilizada ainda por parte dos constitucionalistas dos Estados Unidos com uma conotação crítica, associando o ativismo judicial a um comportamento dissonante do histórico jurisprudencial dominante (VALLE, 2009, p. 20).

Certo é que a expressão se origina nos Estados Unidos, mais precisamente depois que a Suprema Corte, na famosa decisão *Lochner v. New York* (198 US 45, de 1905), entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*) consagrada pela Seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. Ou seja, estabeleceu uma ilação que a própria Constituição e o Poder Constituinte Reformador não haviam feito. No referido julgado, a corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser “irrazoável, desnecessária e arbitrária” tal limitação à liberdade individual de contratar. Além de representar aquilo que veio a ser chamado de *Era Lochner* (1897-1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, pode ser considerado também um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela corte (SUNSTEIN, 1987, p. 874).

No entanto, foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular (KMIEC, 2004, p. 1.446).

William Marshall (2002, p. 104) trabalha com sete indicadores para a identificação do ativismo judicial, recolhidos na literatura sobre o tema. São eles:

- a) ativismo contramajoritário: quando as cortes contrariam as decisões de instituições democraticamente eleitas;
- b) ativismo “não originalista”: quando as cortes se afastam da fidelidade ao texto ou às intenções originárias do legislador;
- c) ativismo dos precedentes: desvinculação da corte aos precedentes judiciais;
- d) ativismo jurisdicional: falha da corte em aderir aos limites do seu próprio poder de jurisdição;
- e) criatividade judicial: criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
- f) ativismo remedial: uso do poder jurisdicional para impor obrigações afirmativas nos outros ramos do governo ou a sua supervisão como uma parte do remédio judicialmente imposto;
- g) ativismo partidário: uso do poder jurisdicional para lograr objetivos planejados partidariamente.

Marshall (2002, p. 104) ressalta, contudo, que esses indicadores nem sempre são coerentes entre si. Uma decisão que seja não ativista em um sentido pode ser ativista em outro e, por esse motivo, uma lista categórica desses indícios não pode ser utilizada para formular uma definição única do ativismo judicial. Nesse sentido, Tassinari (2012, p. 33-37) recorda que o ativismo judicial é um fenômeno intrínseco ao sistema jurídico, tendo nele o seu surgimento. Consiste, portanto, em uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício das suas atribuições.

Analisando em termos teóricos, o ativismo judicial apresenta-se como um problema de teoria do direito e de interpretação jurídica. O cerne dessa questão encontra-se no questionamento da natureza da interpretação jurídica: se esta seria fruto de um ato de vontade do intérprete, limitado apenas pela “moldura da norma jurídica” (cf. KELSEN, 2009), ou seria o resultado de um projeto compreensivo de perseguição do melhor sentido para a interpretação (STRECK, 2011, p. 454-622).

Uma contrapartida ao ativismo judicial seria a doutrina do *judicial restraint*, que se inspira numa característica referencial do legislador democrático: serem eleitos pelo povo. Nesse particular, os juízes constitucionais careceriam, segundo esse pensamento, de legitimidade democrática, não devendo invadir as competências do Poder Legislativo. Desse modo, uma lei não deveria ser declarada inconstitucional, salvo quando fosse contrária à Constituição de forma evidente (GUASTINI, 2007, p. 63).

Observa-se que essa doutrina parece supor tacitamente uma distinção entre interpretações discutíveis e indiscutíveis, o que remete à distinção entre casos fáceis e difíceis, oriunda do pensamento positivista,<sup>2</sup> com todos os perigos que essa separação estrutural possa conter. A doutrina do *judicial restraint* favorece, contudo, uma interpretação literal/conservadora, segundo Guastini (2007, p. 64). Em suma, o *judicial restraint* conduz o intérprete a reconhecer, no texto constitucional, algumas lacunas: matérias que a Constituição não disciplina e que estão abertas à decisão do legislador.

A doutrina do ativismo judicial (*judicial activism*) inspira-se na congruência do Direito com a consciência social (GUASTINI, 2007, p. 64), quer seja em uma ética utilitarista - em que aos juízes caberia a tarefa de favorecer a melhor distribuição dos recursos - quer seja pelo dever constitucional dos juízes de proteger os direitos dos cidadãos - assim como os direitos das minorias - contra as maiorias políticas. Essa doutrina sugere aos juízes uma interpretação tendencialmente livre de todo vínculo textual, ou seja: favorece a livre criação do direito constitucional por parte dos juízes, com a finalidade de adaptar os valores constitucionais às necessidades da vida real, que os juízes só podem identificar mediante seus sentimentos subjetivos de justiça.

Para Guastini (2007, p. 65), o *judicial activism* buscaria efetivar um direito constitucional tendencialmente completo, sem lacunas: considera-se que os princípios constitucionais são capazes de regular qualquer matéria possível, de modo que não restam espaços vazios no direito constitucional, em que o legislador possa decidir o que quiser, já que sempre haverá uma norma constitucional para cada lei ordinária com a qual se poderá confrontar para decidir sobre sua conformidade com a Constituição.

Todavia, o espaço dado à subjetividade do intérprete se mostra como um dos pontos de maior relevo no ativismo judicial.

## 2 O constitucionalismo como fenômeno ambíguo: neoconstitucionalismo vs. garantismo sob a ótica de Luigi Ferrajoli

Uma característica comum às diversas concepções de Constituição e de constitucionalismo (aqui entendido como o constitucionalismo rígido das hodiernas democracias constitucionais, independentemente da sua concepção filosófica) consiste no ideal de submissão dos poderes públicos, incluindo o Poder Legislativo, às normas consideradas superiores, como é o caso das normas que definem direitos fundamentais. Karl Loewenstein (1976, p. 213) salienta que todas as primeiras constituições modernas ocidentais eram de ideologia liberal porque “o *telos* do constitucionalismo da primeira época foi a limitação do poder absoluto e a proteção dos destinatários do poder contra a arbitrariedade e falta de medida dos detentores do poder”.

Tendo-se em vista as vertentes e evoluções do fenômeno constitucional desde sua origem liberal, convencionou-se, atualmente, que as três funções do constitucionalismo são: a) limitar o poder público; b) expressar os interesses e bens da comunidade política; e c) integrar a população nos processos deliberativos do Estado (MADURO, 2006, p. 336-337). Tais funções deveriam se prestar a determinar o papel da Constituição e, de um modo mais abrangente e histórico, do fenômeno constitucional dentro do Estado moderno. Maurizio Fioravanti (2009, p. 149) ilustra essa ideia afirmando que o constitucionalismo possui dois lados, em que o primeiro representaria a oposição ao modelo medieval de organização política, concentrando o poder de *imperium* (de exigir tributos, de aplicar a justiça, etc.) no Estado até suas fronteiras; enquanto o segundo lado seria o de limitar o exercício do poder do Estado e de definir direitos e garantias individuais, inclusive o direito do indivíduo de participar no processo político com a progressiva construção de assembleias representativas.

O traço essencial do constitucionalismo pauta-se na existência de uma normatividade posta, superior à legislação ordinária, sendo diversificadas as técnicas utilizadas para assegurar essa superioridade. Nesse sentido, há o modelo estadunidense de controle difuso, cujas origens remetem à estrutura federalista dos Estados Unidos, que leva à não aplicação das leis constitucionalmente inválidas; bem como o modelo europeu de controle concentrado, concebido em oposição aos regimes totalitários, que acarreta a anulação das leis que estejam em desacordo com a Constituição.

No que concerne à teoria do direito, o constitucionalismo refere-se à conformidade da produção normativa com os procedimentos formais para sua elaboração e também, especialmente, à pertinência material dessas normas com os princípios constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2012). Embora reconheça a existência de características comuns às diversas concepções de constitucionalismo, Ferrajoli entende que esse fenômeno se manifesta de duas maneiras opostas e protagonistas de um

relevante debate teórico. No contexto da sua teoria, o constitucionalismo pode ser compreendido como um fenômeno complexo, que se ramifica em dois aspectos: de um lado, aqueles posicionamentos que objetivam uma superação “jusnaturalista” do positivismo jurídico; de outro lado, as correntes doutrinárias que visam a uma complementação ao positivismo exegético.

Gize-se que o jurista italiano, apesar de mencionar a divisão feita por Bobbio entre positivismo jurídico como método, teoria e ideologia, entende o positivismo jurídico como “uma concepção e/ou modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça” (FERRAJOLI, 2012, p. 13-14).

Dessa forma, o autor separa o atual constitucionalismo em constitucionalismo *juspositivista* (normativo, garantista) e constitucionalismo *antijuspositivista* (jusnaturalista, argumentativo ou principialista). Ressalta, contudo, que os adeptos da concepção principialista não se percebem como jusnaturalistas, pois costumam se declarar, sobretudo, pós-positivistas ou, principalmente, neoconstitucionalistas.

O que aproxima todos os autores da segunda concepção de constitucionalismo é a configuração, como princípios ético-políticos, de grande parte das normas constitucionais (em especial, as definidoras de direitos fundamentais) e a adoção de uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras, sendo os primeiros objeto de ponderação e as segundas, de aplicação mediante subsunção (FERRAJOLI, 2012, p. 17).

Já segundo a definição do constitucionalismo garantista, da qual Ferrajoli é adepto, o constitucionalismo seria uma teoria do Direito Constitucional que prevê como vinculante e inderrogável a submissão a normas constitucionais relativas aos procedimentos e conteúdos compatíveis com a Constituição – inclusive para a produção legislativa, cuja violação gera antinomias (por comissão) ou lacunas (por omissão).

Por outro lado, o constitucionalismo principialista é tido como “não juspositivista”, de forma que, para essa corrente doutrinária, o constitucionalismo envolveria a superação e até mesmo a negação do positivismo jurídico, tido como inadequado às demandas das atuais democracias constitucionais. Para o constitucionalismo principialista, neoconstitucionalista, argumentativo, de marcante matriz anglo-saxônica, a Moral, que para o positivismo era vista como uma dimensão externa ao Direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno (DWORKIN, 2005). Segundo essa corrente, os princípios jurídicos representam a instrumentalização normativa de valores que são respeitados em maior ou em menor grau e, por consequência, são suscetíveis de ponderação ou balanceamento, uma vez que eles podem, virtualmente, entrar em conflito entre si, devido ao elevado grau de abstração das suas prescrições normativas. Ronald Dworkin sustenta que a argumentação jurídica parte, antes de tudo, de concepções morais e políticas que influenciam o intérprete na definição *in concreto* do conteúdo objetivo de normas jurídicas de elevado grau de abstração, como ocorre com os princípios jurídicos (DWORKIN, 2009, p. 15-16). Quando o julgador estiver diante de um caso concreto sem aparente resposta expressa em regras jurídicas, será necessário decidir pela resposta

moralmente adequada e compatível com a Constituição; ou seja, o poder livre e discricionário para interpretar, no caso concreto, uma norma jurídica que não apresente resposta objetiva para dada situação ficará limitado, segundo Dworkin (2005), por aquilo que vincula o sistema jurídico: a *moralidade política*.

A questão vai além do âmbito puramente jurídico: opiniões liberais, conservadoras, progressistas, reacionárias, radicais, entre outras, só existem por não serem a Constituição e as demais leis capazes de prever respostas objetivas para todos os casos, deixando ampla margem de subjetividade ao intérprete - o que, para Dworkin, não ocorre, uma vez que a referida margem de subjetividade termina sendo preenchida por elementos morais e políticos que deram origem às leis e ao próprio texto constitucional. O autor estadunidense chegou a afirmar que “a história do Direito Constitucional da metade do século passado é amplamente uma exploração exata desses aspectos de moralidade política” (DWORKIN, 2009, p. 39).

Verifica-se que o constitucionalismo principialista é marcado, principalmente, pelo embate com o positivismo jurídico e com a distinção entre Direito e Moral que este propõe. Ademais, caracteriza-se também pelo papel central atribuído à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos são princípios que podem entrar em conflito, sendo esse conflito resolvido por ponderação, e não por subsunção. É também um traço distintivo da referida doutrina a visão do Direito como uma prática confiada à atividade judicial. O Direito, nesse sentido, passa a ser o que dizem os tribunais e os “operadores jurídicos” (expressão que guarda a intrínseca incongruência de tratar o Direito como um instrumento), realizando-se por meio das suas práticas interpretativas e argumentativas.

De outra sorte, o constitucionalismo garantista não propõe uma superação, mas sim uma retomada de aspectos próprios do positivismo jurídico: trata-se de uma teoria que é o resultado de uma mudança de paradigma do tradicional juspositivismo, observada com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também materiais (substanciais) de Direito Positivo. Como filosofia e como teoria política, o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma de Direito ora ilustrado (FERRAJOLI, 2012, p. 25).

Disso não decorre qualquer vinculação entre Direito e Moral, pois essa separação é uma consequência lógica do princípio da legalidade, a fim de que se garanta que a atividade jurisdicional seja submetida única e exclusivamente à lei. A distinção entre Direito e Moral envolve, ainda, uma limitação à figura dos juízes, repelindo arbitrariedades derivadas puramente de juízos morais. Equivale, ainda, a uma limitação às atividades do Poder Legislativo, rechaçando que este se imiscua na vida moral dos cidadãos.

O ponto central em discussão reside na possibilidade, ou não, de se compreender o sistema jurídico como plenamente satisfativo em sua função de oferecer respostas normativas aos casos concretos que surgem. Margarida Lacombe Camargo (2010, p. 250)

recorda que “a dogmática jurídica fundamentou-se no paradigma do Estado liberal, apoiado no jusnaturalismo, pautado na universalidade do bom direito e nas qualidades intrínsecas do homem, que o acompanham a qualquer lugar e em qualquer tempo”. Todavia, a pós-modernidade substituiu o simples pelo complexo, o único pelo plural, gerando demandas por regulação normativa que vão além do que o positivismo jurídico pode oferecer enquanto teoria do direito.

Em suma, o constitucionalismo garantista é marcado por uma renovação do paradigma positivista sobre o direito e a democracia, que completa o modelo tradicional de positivismo jurídico (chamado por Ferrajoli de *paleo-juspositivista*) como um sistema de limitações e vinculações materiais à normatividade positiva. Em virtude das influências do constitucionalismo garantista, os princípios de cunho político e ético que consubstanciavam o direito natural passaram a ser positivados, transmutando-se em princípios jurídicos que não consistem mais em fontes externas ao sistema jurídico, mas sim em uma forma de legitimação interna ao ordenamento jurídico, integradores do Estado Constitucional ou Estado de Direito (FERRAJOLI, 2012, p. 25-26).

Desse modo, para Ferrajoli (2012, p. 27), os principais pontos de diferenciação entre o constitucionalismo não positivista (principalista) e o constitucionalismo garantista são:

- a) a conexão entre Direito e Moral;
- b) a distinção qualitativa e contraposta entre princípios e regras;
- c) a ponderação como oposição à subsunção na prática jurisdicional.

Em relação aos aspectos acima apontados, o autor destaca os riscos a eles correlatos, tais como: o cognitivismo ético (espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo); o enfraquecimento da hierarquia das fontes e, conseqüentemente, da normatividade constitucional; e o ativismo judicial e os problemas que este provoca quanto à submissão dos juízes à legalidade, pondo em risco a própria segurança jurídica.

É relevante ressaltar, todavia, que Ferrajoli (2012, p. 27) aceita uma margem de indeterminação concernente à linguagem legal que implica uma margem de “discrecionalidade interpretativa”, em que “o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral”. É, portanto, insustentável na visão de Ferrajoli (2012, p. 29) a derivação da tese de uma “conexão conceitual” entre Direito e Moral a partir da óbvia circunstância de que as leis e as constituições incorporam “valores”. Isso implicaria um “absolutismo moral” composto pela intolerância às opiniões dissidentes. Em todo caso, o jusfilósofo italiano lembra que o constitucionalismo principalista (ou argumentativo) comporta uma concepção objetivista da moral.

A dita margem de indeterminação linguística seria aquilo que Herbert L. A. Hart (1994, p. 141-143) chamava *textura aberta do direito*: uma característica da linguagem, em vez da norma jurídica em si. O legislador, objetivando não engessar para todo o sempre a sociedade que está a regular, teria deixado áreas de conduta em aberto para que, futuramente, o mundo jurídico pudesse encontrar as melhores soluções possíveis

para dadas situações. A linguagem seria o instrumento mais adequado para deixar espaço à atividade criadora do juiz, o que justificaria tais indeterminações linguísticas. Todavia, essa questão de natureza hermenêutica, concernente ao modo de interpretar o direito, resulta em um questionamento mais profundo acerca dos limites entre Direito e Moral (HART, 1958, p. 622).

Retornando ao exame do constitucionalismo garantista, vemos que é com base na prevalência normativa das normas definidoras de direitos fundamentais, em vez da conexão entre Direito e Moral, que Ferrajoli (2012, p. 23) fundamenta a dimensão substancial da democracia constitucional, pois tais direitos são direitos de todos e condicionam a validade substancial e a coerência do Direito Positivo. Não podemos olvidar que tanto o garantismo como o neoconstitucionalismo são concepções teóricas produzidas em contextos históricos de transformações do constitucionalismo pós-2ª Guerra Mundial, de advento de constituições rígidas, instituidoras de limites e vínculos - não apenas formais, mas também materiais ou substanciais - aos poderes públicos.

Por tudo isso, Ferrajoli objetiva superar a contestada oposição entre neoconstitucionalismo e positivismo jurídico, propondo uma tipologia que conceba o constitucionalismo jurídico composto pelo constitucionalismo garantista e pelo constitucionalismo principialista.

## 2.1 O que há de novo no neoconstitucionalismo?

Miguel Carbonell (2009, p. 197-208), um dos principais teóricos do neoconstitucionalismo, aborda o tema constatando que não são poucos os autores que se perguntam se, em realidade, há algo novo no neoconstitucionalismo ou se este é uma “etiqueta vazia”, que serve para representar com uma nova roupagem questões que antes eram explicadas de outra maneira.

De fato, a popularidade e a pluralidade de pensamentos que são corolários do tema demandam uma tentativa de se estabelecerem alguns pontos de orientação para esclarecer do que se fala ao se tratar de neoconstitucionalismo. Primeiramente, o autor ressalta que o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais surgidos após a 2ª Guerra Mundial. São constituições que não se restringiam a estabelecer as competências e a separar os poderes públicos, mas que continham normas materiais que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. As constituições que são o foco central da teoria neoconstitucionalista caracterizam-se ainda por conter amplos catálogos de direitos fundamentais, o que renova a relação entre o Estado e os cidadãos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988 e da colombiana de 1991.

Essas transformações tendenciais nos textos constitucionais são acompanhadas ainda por uma mudança relevante na prática jurisprudencial de muitos tribunais e cortes constitucionais. Os juízes constitucionais têm sido obrigados, diante das circunstâncias, a realizar as suas funções sob novos parâmetros interpretativos, a partir dos quais o raciocínio jurídico se tornou mais complexo.

No caso da América Latina, tem-se tomado consciência, de forma tardia, acerca da importância de contar com um sistema judicial que tenha as condições necessárias para processar de forma competente e oportuna os conflitos sociais. Foi somente a partir da década de 1990 que muitos países passaram a empreender profundas transformações na função judicial, e também que muitos juízes passaram a entender o seu papel dentro do paradigma neoconstitucional (CARBONELL, 2009, p. 200).

Para o autor (2009, p. 207), o conceito de constituição na América Latina tem sido utilizado com frequência como um motivo legitimador da ação do Estado, ainda que a dita ação não tivesse sempre um caráter democrático ou apegado ao interesse geral. As constituições, nesse contexto, têm sido manipuladas e instrumentalizadas para prolongar as condições de predomínio político de um grupo sobre o restante da sociedade. Carbonell lembra, ainda, que os juízes se deparam com a dificuldade de trabalhar com “valores constitucionalizados”,<sup>3</sup> que exigem uma tarefa hermenêutica capaz de aplicá-los de forma justificada e razoável.

A novidade, portanto, está no conjunto, e não nos elementos tomados em separado. Entretanto, quando reunimos todos esses fatores (as transformações ocorridas nos textos constitucionais, no campo teórico e na prática jurisprudencial), percebemos que essas mudanças compartilham orientações semelhantes. O que resulta de interessante do quadro do neoconstitucionalismo é o conjunto e a combinação entre os elementos mencionados. Mais do que isso: as maiores novidades são os seus efeitos, *i.e.*, a observação do Estado Constitucional de Direito em funcionamento (CARBONELL, 2009, p. 202).

Todos esses aspectos ressaltam um dos principais balanços desta pesquisa: a constatação de que o neoconstitucionalismo, consideradas todas as discussões e divergências que envolvem esse tema, estimula uma “explosão da atividade judicial” (CARBONELL, 2009, p. 199) e requer um grau de protagonismo judicial muito superior ao que se esperava anteriormente da conduta de um juiz.

### 3 O protagonismo do Poder Judiciário sob o ponto de visto do Direito Processual

A crise do processo e da jurisdição, assim, acontece em um contexto histórico em que surgem novos direitos trazidos pelas alterações nos textos constitucionais pós-2ª Guerra, o que no Brasil foi sentido com a Constituição de 1988, em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que, somados, produziram novas categorias de demandas para as quais as estruturas processuais não podiam dar respostas satisfatórias (SALDANHA, 2010a, p. 6).

Existem, entretanto, diversas perspectivas sob as quais se pode analisar a crise do Estado (MORAIS, 2011), do processo e da jurisdição na contemporaneidade. Há de se recordar, primeiramente, que viemos de um paradigma que acreditava na jurisdição isenta e distante das forças políticas e econômicas, o que não passa de uma quimera que não se sustenta nos dias atuais (SALDANHA, 2010b, p. 418).

Como afirma Jânia Saldanha (2010b, p. 418-419), a constitucionalização dos direitos em tempos de neoconstitucionalismo (sistema jurídico orientado por valores e princípios)

coloca a atividade jurisdicional num dilema entre quantificar e qualificar. A autora ressalta, ainda, que a relação entre a jurisdição e o direito processual, nesse contexto, dá-se de forma que o Poder Judiciário é ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo dessas transformações.

Por tudo isso, o Poder Judiciário encontra-se no centro da discussão, uma vez que está submetido às reivindicações pela implementação das garantias advindas do novo modelo de constitucionalismo. Essa situação torna-se ainda mais acentuada diante de um quadro de aumento crescente da demanda por justiça, oriunda do cenário de desigualdade e déficit social que caracteriza os países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro (SALDANHA, 2010b, p. 421). Nesse caso, verifica-se uma disparidade entre os direitos garantidos na Constituição e o que se concretiza na realidade social, sobretudo quando se depende de planejamento e de políticas públicas. O cidadão, vítima da ausência de políticas públicas efetivas e do déficit social, acaba, portanto, batendo às portas do Poder Judiciário como ator processual.

O processo, nesse contexto, passa a ser utilizado como instrumento para demandas de longo prazo, decorrentes de incongruências do constitucionalismo e do próprio modelo de Estado Social que não consegue realizar de forma plena o seu projeto inclusivo (cf. MORAIS; AGRA, 2004, p. 217-242). Para Dierle Nunes, o processo deve ser pensado a partir do modelo de Estado que conforma a sociedade brasileira, ou seja, o Democrático de Direito. Assim, nesse contexto de busca pela harmonização entre o projeto político-constitucional do Estado e sua respectiva concepção de processo, surge a proposta de um “processualismo constitucional democrático”, assentado em três ideias principais: a) “no processo como garantia, não como um entrave”; b) na magistratura como “garante da normatividade e dos direitos fundamentais que forma sua decisão conjuntamente com os demais participantes”; e c) na ruptura com a “lógica da efetividade e da produtividade a qualquer custo”, atualmente presente no exercício da jurisdição (NUNES, 2009, p. 350).

Percebe-se, portanto, que a nova concepção de jurisdição, inicialmente engendrada pela insurgência do neoconstitucionalismo, também influenciou a doutrina processual civil. É possível perceber que, como será abordado no próximo e último item desta pesquisa, há uma associação entre o fenômeno do neoconstitucionalismo e a defesa de um protagonismo do Poder Judiciário, que deságua na doutrina que defende o ativismo judicial como algo positivo. Há de se ter em vista, contudo, que uma leitura contemporânea da jurisdição e do processo deve levar em consideração o cumprimento das garantias constitucionais, dentre as quais está o devido processo legal, bem como um projeto de processo constitucional democrático.

### **Considerações finais: o neoconstitucionalismo e o protagonismo (ativismo) judicial**

O ativismo judicial, a judicialização da política e os influxos sofridos pelo Direito Processual e pela atividade jurisdicional por parte do chamado *neoconstitucionalismo* são temas presentes em grande parte das discussões sobre a jurisdição constitucional nos tempos atuais. Ocorre que a referida temática se reveste de divergências em virtude de

uma confusão terminológica e até mesmo metodológica, seja por se tratar de fenômenos distintos como situações únicas seja pelo uso aleatório das categorias ativismo judicial, judicialização da política e neoconstitucionalismo.

O presente trabalho iniciou-se pelo pressuposto de que o ativismo judicial e a judicialização da política são situações distintas (o ativismo como uma postura do Judiciário que concebe a interpretação do Direito como ato de vontade do julgador, e a judicialização da política como um fenômeno contingencial e fruto de um contexto histórico, social e jurídico).

Feitas essas considerações, passou-se ao estudo do neoconstitucionalismo, partindo do referencial da teoria ferrajoliana para desvendar o constitucionalismo como um fenômeno ambíguo, que se ramifica em constitucionalismo garantista (que se mantém dentro da matriz positivista) e constitucionalismo principialista (que objetiva uma revisão jusnaturalista do positivismo jurídico, autointitulando-se *pós-positivista*). É exatamente esse constitucionalismo principialista que neste trabalho é identificado com o neoconstitucionalismo, e é a partir dessas considerações que se procedem aos seguintes balanços.

Primeiramente, a constatação de que o que há de novo no neoconstitucionalismo é muito mais a reunião de determinados fatores oriundos de transformações sociais, históricas e jurídicas do que uma nova e original hermenêutica constitucional pós-positivista, como pretendem alguns adeptos da chamada *teoria do Direito Neoconstitucional*. De fato, as circunstâncias advindas do pós-guerra, da transformação dos textos constitucionais que passaram a incluir como pressuposto democrático um rol de direitos fundamentais e, principalmente, a transformação de perfil do Estado contemporâneo de um Estado liberal, cujo principal ator era identificado no indivíduo, para um Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*, ou Estado Social), provocam profundos impactos na teoria do direito.

O Direito Neoconstitucional apresenta-se, portanto, como um reflexo de todas essas circunstâncias, atribuindo ao positivismo jurídico a construção de uma teoria do direito acrílica e incentivadora de um Poder Judiciário omissivo e inoperante.

Por conta disso, o neoconstitucionalismo rechaça (ou pretende rechaçar, como abordado no item 2), os pressupostos do positivismo jurídico e atribui exatamente ao Poder Judiciário o papel de mola propulsora para que os “valores constitucionais” sejam preservados e incentivados. É necessário, em um primeiro momento, que se leve em consideração a profundidade do tema e as complexas questões que envolvem a equivocada compreensão por parte da doutrina brasileira do que seja o positivismo jurídico em termos hermenêuticos.

Como pode se observar pelo exposto no item 2.1, a teoria neoconstitucionalista nasce de circunstâncias muito específicas que resultam na ascensão da atividade jurisdicional como instrumento para assegurar a manutenção do regime democrático em seu sentido material (permeado pela defesa e garantia dos direitos fundamentais, como pretende Ferrajoli). No entanto, em parte por uma falta de exatidão terminológica e em parte por uma duvidosa compreensão dos pilares interpretativos do positivismo jurídico,

a doutrina jurídica (especialmente, parte da doutrina jurídica brasileira) reforça um imaginário de que o ativismo judicial é não somente proveitoso como também necessário para que o Direito Processual atenda aos chamados da Constituição de 1988, como pode se perceber na exposição no item 3.

O presente trabalho tratou dos influxos do neoconstitucionalismo no Direito Processual (especialmente no tocante ao ativismo judicial e à judicialização da política), partindo de uma distinção entre essas categorias, para chegar ao balanço de que a teoria jurídica neoconstitucional, motivada por diversos fatores, acaba por impulsionar um protagonismo e um ativismo do Judiciário, esse último um fenômeno extremamente perigoso aos pressupostos democráticos do Estado Constitucional.

## INFLUENCES OF NEOCONSTITUTIONALISM ON THE PHENOMENA OF JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIALIZATION OF POLITICS IN BRAZIL

**ABSTRACT:** This article aims to contribute to the study of the inflows of neoconstitutional theory in procedural law, especially with regard to subjects like judicial activism and the judicialization of politics. To do so, first we start from a conceptual separation between the phenomenon of judicial activism and the judicialization of politics in order to identify the first as a position of the Judiciary and the second as a contingent phenomenon permeated by historical, social e legal circumstances. Following, we treat the category of neoconstitutionalism from the theoretical basis of Luigi Ferrajoli that distinguishes constitutionalism in what he calls garantist constitutionalism and principialist constitutionalism, the latter identified with neoconstitutionalism. From there, we proceed to analyze the main points that characterizes the neoconstitutionalist theory and, finally, we scrutinize how this theory ends up reinforcing the imagery that procedural law needs to defend an activist approach to the fulfillment of the promises of the Constitution of 1988.

**KEYWORDS:** Judicial activism. Judicialization of politics. Neoconstitutionalism.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVELÁS NUNES, Antonio José. *As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Salvador, v. 13, 2009, p. 71-91.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*. Salvador, v. 21, 2011, p. 82-122.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2009. p. 14-41.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

\_\_\_\_\_. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007. V. 1.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

GARCÍA-PELAYO. *As transformações do Estado Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

\_\_\_\_\_. Positivism and the separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, Fórum, n. 251, p. 139-175, maio/ago. 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of "judicial activism". *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1.441-1.477, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1976.

MADURO, Miguel Poaires. *A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia, 2006.

MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*. Boulder, v. 73, n. 4, p. 101-140, set. 2002.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte, n. 2, p. 217-242, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade no Direito Processual Civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto de Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011. V. 1.

\_\_\_\_\_; ISAIA, Cristiano Becker. A paradoxal face "hipermoderna" do Processo Constitucional. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 15, p. 5-26, 2010a.

\_\_\_\_\_. A jurisdição constitucional partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. (Org.). *Derecho Procesal Constitucional: memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: VC, 2010b. p. 417-438.

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

\_\_\_\_\_. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 5, p. 873-919, 1987.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics: A world-wide phenomenon: introduction. *International Political Science Review*. New York, Sage, v. 15, n. 2, p. 91-99, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ*. Rio de Janeiro, v. 2, p. 74-85, 2009.

VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*. Boulder, v. 73, n. 4, p. 1.140-1.216, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

## Notas

<sup>1</sup> A respeito do Estado de Bem-Estar Social e sua relação com a teoria keyneasiana, v. Avelãs Nunes (2011); Moraes (2011); e García-Pelayo (2009).

<sup>2</sup> A respeito da polêmica distinção entre casos fáceis e difíceis, v. Alexy (2008) e Streck (2011, p. 296-302).

<sup>3</sup> Sobre a relação entre princípios e valores, bem como os reflexos e críticas a esses conceitos no que concerne à Teoria do Direito, v. Zagrebelsky (1992); Alexy (2008) e Streck (2011).