

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL E DO SISTEMA *COMMON LAW*

CONTROL OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JUDICIAL ACTIVISM AND SYSTEM COMMON LAW

Danielle Mariel Heil¹
Suzete Habitzreuter Hartke²

“Quebrar as barreiras do seu próprio sistema jurídico (assim definido), significa aumentar o seu próprio horizonte e sua própria experiência e, sobretudo, enriquecer-se espiritualmente e descobrir os próprios limites com um espírito de modéstia que, por sua vez comporta tolerância e liberdade”. ASCARELLI, Tullio. *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 43.

RESUMO: Os sistemas jurídicos de direitos brasileiro e norte-americano têm suas origens no *civil law* (romano-germânico) e *common law* (anglo-saxônico). O direito constitucional brasileiro possui duas modalidades de exercício do controle de constitucionalidade: difusa e concentrada. A primeira é influenciada pelo modelo norte-americano, e muito do que se construiu no âmbito do constitucionalismo brasileiro sobre o modo como compreender a atividade jurisdicional foi incorporado da experiência norte-americana. O estudo visa, principalmente, realçar influências pontuais sofridas historicamente pelo direito pátrio do modelo estadunidense. O Brasil se apresenta extremamente impregnado das teorias advindas de solo estadunidense, como se pode exemplificar pela prática do ativismo judicial. Essas questões fundamentam e investigam este estudo, especialmente, após a realização de uma viagem de estudos que priorizou a vivência do *common law* nos Estados Unidos da América. O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo. Apresenta-se um recorte da doutrina e da jurisprudência com o objetivo de identificar nos sistemas jurídicos - brasileiro e norte-americano - seus controles de constitucionalidade e a consequência do desenvolvimento em solo estadunidense do ativismo judicial. Pretende-se demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro vem incorporando o *common law* e o ativismo judicial em sua realidade pautada historicamente no *civil law*. O que pode parecer uma solução – ativismo judicial – em uma realidade pautada pelo precedente, pode não ser a solução mais adequada em um ordenamento jurídico adepto ao *civil law*.

¹ Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal junto a Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Fundação Educacional Damásio de Jesus. E-mail: dannyheil@hotmail.com

² Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). E-mail: suzetehh@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. *Common Law*. *Civil law*. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The legal systems of Brazilian and North American rights have their origins in civil law (Romano-Germanic) and common law (Anglo -Saxon). The Brazilian constitutional law has two modes of exercise of judicial review: diffuse and concentrated. The first is influenced by the American model, and that much of it was built under the Brazilian constitutionalism on how to understand the jurisdictional activity was incorporated into the American experience. The study mainly aims to highlight specific influences suffered historically by paternal right of the American model. Brazil is exceptionally steeped in the theories arising from U.S. soil, as can be exemplified by the practice of judicial activism. These questions underlie this study and investigate, especially after conducting a study trip that prioritized the experience of the common law in the United States. The methodological criteria used for this investigation and the rationale of the report of the results is presented Inductive Method. Analysis of doctrine and selected case law, in order to identify legal systems: the Brazilian and U.S., controls its constitutionality, on U.S. soil which allowed the development of judicial activism. We intend to demonstrate how the Brazilian legal system has incorporated the common law and judicial activism in its reality ruled by civil law. What may seem a solution – judicial activism – into a reality guided by precedent, it may not be the most appropriate solution in a legal system adept to the civil law.

KEYWORDS: Activism judicial. *Common Law*. *Civil law*. Control of constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar a partir da comparação e não do direito comparado, a atuação do nosso Supremo Tribunal Federal - STF frente às questões submetidas a ele pelo Controle de Constitucionalidade frente à teoria do ativismo judicial originário nos Estados Unidos da América –EUA.

Pretende-se, de modo empírico, verificar se a adoção de uma teoria desenvolvida em território que tem sua construção fundamentado no *common law* se mostra compatível com um sistema jurídico alicerçado no *civil law*, que é o caso do Brasil.

Com a promulgação da Constituição da republica Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 tem-se reconhecido pela doutrina o marco inicial do neconstitucionalismo brasileiro. (SOUZA, 2013:98). O neoconstitucionalismo destaca-se por sua abertura à dimensão dos valores e dos princípios jurídicos (VALLE, 2009:107).

Esse fato não pode ser desprezado quando vamos pensar os reflexos práticos que uma decisão judicial, fruto do controle de constitucionalidade pode causar em um sistema jurídico com base e consolidação no *civil law*.

A simbiose entre a produção e aplicação do Direito na pós-modernidade, cujas questões de Sustentabilidade e Dignidade à Pessoa Humana tomam proporções cada vez mais destacadas, são uma realidade! Necessitamos refletir se a ausência da utilização do precedente judicial não acarreta uma “insegurança jurídica” e não uma solução aos “problemas e demandas político-jurídico-social” submetidas ao Poder Judiciário. As bases do *civil law* e do *common law* mostra-se distintas quando falamos da questão do precedente. O *civil law* não se utiliza do precedente para se realizar. Buscamos as disposições legais para fundamentar e justificar a produção e aplicação do Direito.

O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no método indutivo. Na fase de tratamento dos dados, utilizou-se o método cartesiano (PASOLD, 2011:87, 205, 83, 204) para se propiciar indagações sobre o tema e a necessidade de se refletir se a incorporação de uma atitude alienígena, no caso o ativismo judicial norte-americano é a solução para as questões jurídicas apresentadas ao poder judiciário brasileiro.

O problema desta pesquisa pode ser descrito na seguinte indagação: O ativismo judicial norte-americano (baseado no *common law*) é compatível com o controle de constitucionalidade difuso e concentrado adotado no Brasil (baseado no *civil law*)?

A hipótese para essa pergunta surge, inicialmente, como negativa na medida em que o ativismo judicial funciona em uma realidade pautada no precedente judicial e que é elemento integrante do *common law*. Já no *civil law* não se fundamenta uma decisão ou resolução em decisões anteriores, mas sim no sistema normativo legal positivado pelo Estado.

Ademais, o trabalho apresenta a questão do ativismo judicial que surgiu inicialmente no território norte-americano e demonstra os limites de atuação do Judiciário no cenário jurídico brasileiro, com seus elementos negativos.

O objetivo geral deste estudo é investigar se teoricamente o controle de constitucionalidade brasileiro permite a adoção do ativismo judicial norte-americano. Os objetivos específicos podem ser descritos como: a) definir controle de constitucionalidade; b) definir ativismo judicial; c) identificar as proposições teóricas para adoção do ativismo judicial norte-americano em um sistema jurídico fundado no *civil law*; d) avaliar as proposições de adoção do ativismo judicial norte-americano, especialmente sob o enfoque constitucional, como uma solução adequada ao controle de constitucionalidade brasileiro.

As técnicas utilizadas neste estudo serão a pesquisa bibliográfica, a categoria e o conceito operacional, quando necessário (PASOLD, 2011:207, 25, 37). Outros instrumentos de pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor.

Para fins deste artigo, o recorte doutrinário para abordar o tema dar-se-á com ênfase na leitura de trabalhos publicados de Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, Osvaldo Agripino de Castro Júnior, Miguel Reale, Gilson Jacobsen, Clarissa Tassinari e Lenio Luiz Streck, os quais apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar o(s) significado(s) e contexto(s) das categorias essenciais apresentadas nesta pesquisa e presentes no título do artigo.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

No Brasil há dois modelos tradicionais de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público: o difuso e o concentrado. Nosso sistema mistura dois sistemas: o americano e o europeu. No tocante ao controle incidental e difuso foi adotada a fórmula americana, no qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, no caso de considerá-la inconstitucional. Já com relação ao controle por ação direta, a qual permite que determinadas matérias sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal, esta é oriunda do modelo europeu (BARROSO, 2008:2).

O mais importante precedente judicial acerca do controle de constitucionalidade e o marco do constitucionalismo moderno foi o julgamento do histórico caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte Norte-Americana no início do século XIX (1802-1803) e citada de modo recorrente na doutrina internacional e nacional. Castro Júnior (2001: 65) em uma de suas obras de direito comparado, apresenta o relato deste caso emblemático. Nesse julgamento, a Corte norte-americana, capitaneada pelo Ministro John Marshall, afirmou de modo inédito o seu poder para exercer o controle de constitucionalidade das leis, mesmo não havendo na Constituição americana previsão expressa conferindo essa competência a qualquer órgão do Poder Judiciário, nem mesmo à Suprema Corte. (ALMEIDA, 2012:06 e CASTRO JÚNIOR, 2001)

De acordo com os comentários de Barroso (2008:8), atual ministro do STF brasileiro ao abordar o referido caso norte-americano, o Juiz Marshall ao expor suas razões sobre a questão nos apresenta os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de

constitucionalidade. Em primeiro lugar – a supremacia constitucional “Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da ação.” Em segundo lugar, ao afirmar a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo.” E em terceiro lugar, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição.

A Constituição Federal dos Estados Unidos da América, mesmo após mais de dois séculos de vigência (de 17 de setembro de 1787), continua viva e atualizada. Desde o seu nascimento consagra a supremacia do texto constitucional como destaca Camargo (2008:284) ao transcrever os seguintes termos: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país.” Camargo (2008:284) prossegue destacando que cabe aos juízes de todos os Estados obediência, “ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”.

O texto constitucional brasileiro (BRASIL, 1988) manteve o sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, contemplando regras inerentes ao modelo difuso, por via de exceção ou por via incidental (modelo norte-americano) e outras próprias do modelo concentrado ou por via de ação (modelo europeu). (ALMEIDA, 2012)

Dada a forte influência da Constituição Americana de 1787, a nossa Constituição Republicana de 1891 estabeleceu pela primeira vez a possibilidade do controle jurisdicional incidental das leis, exercido de modo difuso pelos juízes e tribunais. Desde então, todas as Constituições seguintes asseguraram ao Poder Judiciário a competência para verificar a compatibilidade das leis e atos normativos em face da Constituição Federal, mantendo-se fiel ao modelo de controle difuso de constitucionalidade, o qual é realizado por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário em um caso concreto (ALMEIDA, 2012).

Se é verdade que o modelo difuso de controle de constitucionalidade se manteve vivo ao longo da história constitucional brasileira, não é menos verdadeira a constatação de que esse modelo teve sua importância significativamente reduzida após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88. (BRASIL, 1988)

O ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (2007:78) ressaltou que a CRFB/88 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (conforme o art. 103 da

CRFB/88), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas.

Desse modo, percebe-se pela doutrina consultada que prevaleceu no direito constitucional brasileiro, a teoria da nulidade do ato inconstitucional, cujas bases se firmaram na doutrina norte-americana.

Contudo, cabe salientar que a aplicação da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais em um ordenamento jurídico em que não há, tradicionalmente, vinculação aos precedentes judiciais no âmbito do controle difuso, como é o caso do Brasil, não se mostra nem um pouco adequada. Na visão de Ramos (2013), a *common law* caracteriza-se pelo respeito obrigatório aos precedentes, sendo estes fontes primárias. Para os ingleses e norte-americanos a validade e eficácia das leis estão subordinadas a *common law*.

Almeida (2012:20) destaca que a adoção do modelo jurídico norte-americano nos países do *civil law* causaria inquietantes perplexidades: “uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional por um órgão do Poder Judiciário poderia naturalmente ser aplicado por outro órgão, do mesmo poder, que o considere constitucional, causando estranheza, à luz da teoria da nulidade do ato inconstitucional”.

Essa sistemática da não vinculação de precedentes no Brasil traz consigo um grave problema que é a instalação da insegurança jurídica entre os destinatários da jurisdição, uma vez que se estará diante de uma verdadeira loteria, pois o direito do jurisdicionado dependerá do juiz, ou câmara que irá apreciar a sua demanda. (ALMEIDA, 2012)

Além disso, no sistema difuso, “nos países destituídos do princípio do *stare decisis*, pode proporcionar uma indiscutível multiplicidade de demandas, uma vez que, mesmo já declarada reiteradamente a inconstitucionalidade de uma lei, será sempre necessário que alguém interessado nesse mesmo pronunciamento proponha uma nova demanda em juízo.” (ALMEIDA, 2012:20).

No entendimento de Novellino (2008), esses inconvenientes citados, foram evitados nos Estados Unidos e nos demais países vinculados ao sistema da *common law*, em razão do princípio do *stare decisis*, por força do qual todos os órgãos judiciários ficam vinculados às decisões da Suprema Corte.

O princípio do *stare decisis*, como visto anteriormente, é típico do sistema do *common law*, mas mesmo assim, o modelo difuso de controle de constitucionalidade sempre foi aplicado no Brasil, país que não adota o referido princípio, não havendo, portanto,

vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (NOVELINO, 2008. JACOBSEN, 2009).

De igual forma, para Almeida (2012:20), “a incongruência do sistema adotado no Brasil, que não permite a compatibilização do modelo norte-americano de controle difuso com a inexistência do princípio do *stare decisis*, mostra-se evidente e insustentável”.

O Brasil é um país com tradição jurídica romano-germânica, adepto do sistema da *civil law*. Nos países de tradição anglo-saxônica “usa-se a expressão *civil law*, tirada do título da grande codificação romana (*Corpus Juris Civilis*), para designar o direitos dos países continentais.” (CASTRO JÚNIOR, 2001:81).

No sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, é permitido o controle abstrato, ao contrário dos Estados Unidos, “onde a parte requerente deve comprovar que é afetada pelos efeitos da norma que sustenta ser inconstitucional, ou seja, o controle é somente concreto.” (CASTRO JÚNIOR, 2001:66).

Não obstante não ser objeto do presente artigo, cumpre registrar que há no Brasil uma tendência que a doutrina vem denominando de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, ou seja, objetiva-se conferir caráter abstrato às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Essa questão já foi objeto de estudo e percepção do magistrado federal da 4. Região – Gilson Jacobsen ao enfrentar tema similar. Recomenda-se a leitura da nota de rodapé 10 do artigo de sua autoria, no qual faz uma análise dos dois sistemas jurídicos objetos desta pesquisa.

Cunha Júnior, citado por Novelino (2008:285) deseja que o Supremo Tribunal Federal aceite o papel de Corte Constitucional. O autor roga que as decisões do STF, as quais são adotadas no controle de constitucionalidade, independentemente de em processo abstrato ou concreto, passem a projetar os seus efeitos em face de todos.

Com relação aos efeitos das decisões no controle difuso e concentrado de constitucionalidade, Almeida (2012:26) destaca um traço definidor da evolução do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público no Brasil, que caminha a passos firmes na direção da equiparação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle difuso e no controle concentrado.

O Brasil, que é filiado ao sistema do *civil law*, vem sofrendo com o excesso de divergência jurisprudencial, não sendo a lei suficiente para garantir segurança jurídica à sociedade. Entretanto, hoje, “o que se observa é uma grande mutação dos sistemas, para um

sistema híbrido. Temos um novo *civil law* e um novo *common law*, ambos exploram a principal forma de direito do outro, sem contudo alterar-se.” (RAMOS, 2013),

Não obstante a existência do controle misto de constitucionalidade existente no Brasil (difuso e concentrado) é preciso compreender primeiramente que o sistema constitucional brasileiro adotou a teoria norte-americana da nulidade dos atos inconstitucionais sem, contudo, admitir paralelamente o já mencionado princípio do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes da Corte, situação que acarreta na triste realidade de uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal manter-se plenamente vivo no ordenamento jurídico e produzindo normalmente seus efeitos, culminando na sensação de intensa insegurança jurídica aos cidadãos brasileiros (JACOBSEN, 2009).

Com efeito, qualquer que seja o sistema de controle de constitucionalidade adotado por um país – seja o concentrado, o difuso ou misto – o fato é que o constitucionalismo proporcionou uma grande aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law* (ATAÍDE JÚNIOR, 2011:45).

3 SISTEMA ANGLO-SAXÔNICO - *COMMON LAW* E ROMANO-GERMÂNICO – *CIVIL LAW*

A nação norte-americana foi fundada a partir de três documentos básicos, que compõem o sistema constitucional: a Declaração da Independência, a Constituição Federal de 1787 e o *Bill of Rights*, e para Castro Júnior (2001), o sucesso da Constituição norte-americana repousa na sua flexibilidade e possui quatro fontes de direito: “o precedente judicial (*case law*); a lei; o costume e a doutrina e a razão.” (CASTRO JÚNIOR, 2001:33).

Bergel (2001:65) descreve a criação do *common law* pelos tribunais régios ingleses de Westminster. “[...] foi no século XIX que a "regra do precedente" se impôs com rigor para assegurar a coesão da jurisprudência britânica”.

Marinoni (2011) e Ramos (2013:s/p) destacam que precedente é a decisão judicial a partir de um caso concreto, qual denominam de *case oriented*, “cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” Ambos afirmam que não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade para se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados. É a primeira decisão que

elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea. É esta primeira que vai nortear as demais.

Por isso, é possível afirmar que o precedente acabou por reduzir a importância da criação de juristas norte-americanos, e quando existem, possuem um papel ínfimo no processo decisório do juiz, “exercendo mínima influência nos juízes e legisladores nos países anglo-saxões.” (CASTRO JÚNIOR, 2001:35). Apple e Deyling (1995:34/35) descrevem que a figura do jurista nos países de *common law* tem pouco destaque e relevo. “A tradição mantém-se forte na orientação para o caso (*case oriented*), com a quase completa exclusão de citações de juristas, que são raramente consultadas por advogados e frequentemente não citadas nas decisões judiciais [...]”

No que tange à eficiência do sistema judicial e segurança jurídica do modelo norte-americano baseado no *common law*, percebe-se que muitos países escolheram o modelo o qual tem-se a concepção de que o juiz faz o direito, ou seja, o *common law*, em razão do direito ser aplicado às partes envolvidas, com a colaboração do precedente judicial e só *stare decisis*, aumentando, portanto, a segurança jurídica e a eficiência do sistema judicial como observa Castro Júnior (2001:36).

Cumprido registrar que o Brasil, diferentemente dos Estados Unidos da América, não adotou a regra de vinculação aos precedentes – *stare decisis*, e com relação à insegurança jurídica, de 2000 a 2010 o país criou 75.517 leis (somando legislações ordinárias e complementares estaduais e federais, além de decretos federais). Isso dá 6.865 leis por ano - o que significa que foram criadas 18 leis a cada dia, desde 2000 até 2010, conforme dados apresentados por Duarte e Otávio (2011). Os autores da reportagem informam que nesse universo de 75 mil leis não estão incluídas as legislações municipais.

Como esse universo de 18 leis a cada dia, Duarte e Otávio (2011) apresentam o problema a ser enfrentado pelo judiciário: as discussões referente à inconstitucionalidade da lei. “De 2000 a 2010, o STF julgou 2.752 Adins, relativas a leis federais e estaduais; de 1988 até agora, 20,5% dessas foram julgadas inconstitucionais.”

Castro Júnior (2011:58) salienta acerca da existência, em matéria de controle de constitucionalidade, de um *leading case*, ou seja, “a decisão que tenha se consolidado como regra importante – precedente – denomina-se *leading case*, podendo-se citar como exemplo, o *leading case Marbury v. Madison*.”

A função de operacionalidade do Direito na família do sistema *common law* é dar solução a um processo, trabalhando pelo precedente onde atua, não de forma abstrata, mas sempre a partir de um caso concreto. Assim, a aplicação do Direito é realizada caso a caso no sistema de vinculação de precedentes do *common law*, ou como diria Reverbel (2009), por um processo de *muddle through*, que poderia ser traduzido como “improvisação contínua.”

De forma sintetizada, David (1998:348) assevera sobre o processo de constituição do *common law* “o qual consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, substituindo, portanto, o direito baseado nos costumes.”

Assim sendo, o direito anglo-saxônico “caracteriza-se como direito jurisprudencial, tendo em vista que usa como método de julgamento a análise da jurisprudência relacionada ao caso concreto, e foi elaborado na Inglaterra, inicialmente pelas cortes reais que, durante muito tempo, apresentaram-se como jurisdições de exceção.” (CASTRO JÚNIOR, 2001:33).

O *common law* trata-se de sistema jurídico seguro, embora nos Estados Unidos “a Suprema Corte Federal e as Supremas Cortes estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência, pois os Estados-membros são soberanos.” (CASTRO JÚNIOR, 2001:57).

Tassinari (2013:70) observa que se deve evitar descrever o *common law* sempre como a pura aplicação de normas jurisprudenciais e o *civil law* como pura aplicação de lei. A autora nos lembra de que as duas famílias não estão isoladas uma da outra. Ambas mantêm múltiplos contatos e influências como se podem verificar com o exemplo do controle de constitucionalidade que hoje faz parte de ambas as tradições.

Reale (2009) e Jacobsen (2009) são unânimes em destacar ao leitor que o fato de estarmos estudando e/ou comparando dois sistemas jurídicos não se pretende eleger o melhor. Qual se sobrepõe ao outro. Devemos lembrar que ambos possuem construções históricas e culturais distintas e como tal irão marcar a produção e aplicação do Direito atual. O que se percebe é que ambos os sistemas estão incorporando características de outro sistema, mas sem negar ou desvalorizar o seu próprio. Tal fato demonstra que os sistemas jurídicos ora analisados não são mais inteiramente puros, ou seja, estão se tornando híbridos, de forma que o *civil law* tem adotado institutos com características do *common law* e vice-versa.

No mais, é possível afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consolidou-se como um modelo de controle de constitucionalidade híbrido e extraordinariamente complexo, que concilia as tradições de *civil law* e de *common law*.

4 ATIVISMO JUDICIAL – BRASIL VIVENCIANDO O *COMMON LAW*?

Qual a relevância desta abordagem? Qual a relação do distanciamento que há entre o modelo de jurisdição norte-americano e o brasileiro com a questão do ativismo judicial? Está o Brasil adotando as diretrizes do sistema *common law* e com isso, tornando um Judiciário ativista, por exemplo, por meio da jurisprudência e súmulas vinculantes?

O ordenamento jurídico brasileiro de modo inequívoco vem assimilando institutos de caráter vinculativo, e as súmulas vinculantes demonstram uma efetiva aproximação à teoria dos precedentes norte-americanos, evidenciando, assim, a recepção de mecanismos oriundos de outras tradições jurídicas. O Brasil tem incorporado da experiência norte-americana o modo de compreender a atividade jurisdicional, especialmente após a CRFB/88. (TASSINARI, 2013:76).

Os precedentes obrigatórios ou vinculantes são regra nos países do *common law*, entretanto, os países que adotam o *civil law* estão se deparando com alguns institutos que possuem efeito vinculante, por exemplo da decisão do STF proferida no controle difuso de constitucionalidade, da questão da repercussão geral no recurso extraordinário e das súmulas vinculantes (RAMOS, 2013).

O termo “ativismo judicial” surgiu em discussões estadunidenses. “O contexto deste primeiro uso foi retratado pelo autor Keenan D. Kmiec, que informa que o termo entrou no léxico político-jurídico estadunidense no ano de 1.947, através da matéria publicada na revista *Fortune*.” (TASSINARI, 2013:65).

Com relação ao núcleo central do ativismo judicial, importante registrar que o ativismo judicial transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política, e assim, resolve problemas políticos por critério jurídicos (REVERBEL, 2009).

Novamente, retomamos o caso *Marbury v. Madison*, em que o juiz John Marshall inaugurou o ativismo judicial. Marshall afirma neste julgamento a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, mesmo que não previsto no texto constitucional de seu país. Em 1824, no caso *Osborn v. Bank of the United States*, destaca-se que o Poder Judiciário nunca poderia ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado, mas sempre com a finalidade de realizar a vontade da lei, em manifestação clara de repúdio às consequências do ativismo (GUEDES, 2012).

O ativismo judicial despertou interesse na doutrina constitucional brasileira, e o debate sobre tal questão nos Estados Unidos é muito extenso, visto que até outubro de 2004, tinham sido publicados 3.815 artigos em jornais e revistas jurídicas sobre o tema. (DIMOULIS; LUNARDI, s/d:459).

A atuação ativista do Judiciário é apresentada como uma solução para os problemas sociais, pois para o atual ministro do STF, Barroso (2011:279-280), o ativismo nada mais é do que “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.”

Ramos (2010:25) identifica que o problema do ativismo envolve, pelo menos, três questões: “o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito.”

O atual sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro favorece o ativismo judicial, pois “se em todo o sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma única Corte Suprema, ou seja, a um Tribunal Constitucional; no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei.” (REVERBEL, 2009:09).

Sobre a problemática oriunda do ativismo judicial, cabe destacar que “o ativismo na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão, acaba por afrontar à separação de poderes e, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei.” (RAMOS, 2010:83) .

Observa-se atualmente no sistema judiciário brasileiro, uma crise instalada em função do excessivo número de demandas e recursos para os tribunais superiores “estamos diante de uma loteria, ou seja, a sorte dos jurisdicionados está relacionada com o juiz ou tribunal que irá julgar o caso, pois diante de uma mesma regra jurídica ou princípio existem diversas interpretações diferentes.” (RAMOS, 2013).

Desse modo, observa-se que “ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova.” (TASSINARI, 2013:34).

Para Streck (2011:589), o ativismo judicial ocorre quando um juiz ou tribunal decide com base em argumentos de moral, vontade, política, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções e desejos individuais de cada magistrado, já a judicialização é um fenômeno que surge a partir da relação entre os poderes do Estado.

Nota-se, portanto, a já mencionada impureza do sistema jurídico do *civil law*, pois, “atualmente, os sistemas jurídicos latino-americanos são híbridos, refletem múltiplas modernidades e tradições.” (CASTRO JÚNIOR, 2001:109).

Diante da constatação da recepção de institutos oriundos do modelo do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que é pela uniformização da jurisprudência que o Brasil pretende trilhar o caminho do direito.

Porém, permanece o questionamento: ao promover a uniformização da jurisprudência, tornando-a de observância obrigatória, será resolvida em definitivo a crise atual do sistema judicial brasileiro? (RAMOS, 2013).

Nesse sentido, em relação ao fato do Judiciário brasileiro estar privilegiando demasiadamente a jurisprudência, assimilando a ordem do *common law*, vale registrar o que passou a se denominar como “rebeldia judiciária”. (BRASIL, 2013).

Para a 4. Turma do Superior Tribunal de Justiça, a desobediência judiciária não pode ser referendada em detrimento da segurança jurídica, da isonomia e da efetividade da jurisdição, portanto, a “sentença rebelde”, que desconsidera jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, pode ser desconstituída por Ação Rescisória. (BRASIL, 2013).

Na praxis, percebe-se que justamente o que os tribunais superiores brasileiros vêm realizando é o fomento da insegurança jurídica. É público e notório como a corte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça são oscilantes, e em um país em que a lei deveria ser a fonte principal, é de tamanha deselegância a denominação de “sentença rebelde”, simplesmente em razão de uma decisão não ter seguido o entendimento das cortes.

Contudo, além das súmulas vinculantes, ressalta-se que o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante desde 1993, quando fora inserido o § 2 ao artigo 102 da CRFB/88 e tem caminhado cada vez mais nessa direção. Podem-se citar, por exemplo, a repercussão geral e os recursos especial e extraordinário sob o regime das causas repetidas. (RAMOS, 2013)

O ativismo judicial para Tassinari (2013:56) revela-se como um problema exclusivamente jurídico, e muitas vezes é taxado como antidemocrático.

O fato é que o direito na América Latina se apresenta repleto das teorias advindas de solo anglo-saxônico, mas de nada adianta incorporar a doutrina norte-americana sem a observação das especificidades e necessidades da realidade brasileira.

Com relação a recepção de diretrizes do constitucionalismo norte-americano pelo sistema *civil law* a sua Constituição possui sete artigos e vinte e sete emendas. Já a brasileira é

composta por 250 artigos e até fevereiro de 2014 – 77 emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

Sob o manto do ativismo judicial, as oscilações de aproximação e afastamento, entre a cultura jurídica do Brasil e dos Estados Unidos, não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial à brasileira. O ativismo judicial aparece como um problema “que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do legislador”. (TASSINARI, 2013:108);

Por meio do ativismo judicial, o Judiciário assume uma atuação de total interferência política, e com a concessão de super poderes aos magistrados, culmina no comprometimento da democracia brasileira. Tassinari (2013) observa que na realidade norte-americana, o ativismo judicial é bom para a democracia quando direcionado a concretizar direitos.

Streck (2012:110) combate o ativismo, o positivismo fático, alertando o Operador do Direito para dizer do “compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade”.

Da consulta jurisprudencial, inclusive dos votos dos ministros da mais alta corte do país, verifica-se como a compreensão do ativismo judicial ainda se mantém vinculado a uma concepção de atuação positiva do Judiciário, isto é, como consequência natural e benéfica da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições e competências.

Para ilustrar a problemática que se instaura através do ativismo judicial, elaboramos um recorte jurisprudencial das Cortes Superiores brasileiras:

Responsabilidade civil pelo aterramento de um manguezal, sendo esta área considerada de preservação permanente pela Constituição e pela lei ambiental. O posicionamento do relator é no sentido de que não há que se falar em ativismo judicial ao defender que o manguezal é APP, mas ativismo da lei e da Constituição. Na ementa: No Brasil ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisamos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Ao contrário de outros países, nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. (grifo nosso) (BRASIL, 2007).

Já no Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo apresenta-se como uma postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes:

Reconhecimento das uniões homoafetivas. No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo judicial começa a ser discutida em diálogo com o texto de Lenio Streck, Vicente Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira. Como resultado da análise do posicionamento destes autores, **o ministro manifesta entendimento contrário, afirmando que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o Legislativo venha a atuar; que o Supremo Tribunal Federal deve apresentar uma resposta de caráter positivo; que se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político**, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo (p. 160/162). Já o pronunciamento do ministro Celso de Mello sobre o ativismo, em um primeiro momento, ocorre de um modo diferenciado, pois afirma: “nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos”; e, ainda práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam excessivamente o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (p. 261). (grifo nosso) (BRASIL, 2011);

Ora, as cortes superiores brasileiras vêm decidindo como se constituintes fossem, “em outras palavras, isso significa afirmar que o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a usurpar de prerrogativas do Legislativo, tal como a competência para reconhecimento e regularização dos direitos e garantias das uniões homoafetivas.” (TASSINARI, 2013:133).

O STF tem, nos últimos anos, se pronunciado sobre diversos temas de grande relevo que foram destacados na pesquisa de Fernandes e Nelson (2014), a qual aderimos como *cases* que ilustram nossa temática. Dizem os autores que o STF afirmou ser constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas (ADI nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004); julgou inconstitucional a chamada “cláusula de barreira”, que restringia direitos aos partidos políticos sem expressão (ADI nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7/12/2006); autorizou a greve no serviço público (MI n] 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007); declarou constitucional lei que dava passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI nº 2.649,

Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8/5/2008); vedou o nepotismo nos três Poderes (Súmula vinculante nº 13, aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008); determinou a fidelidade partidária (ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008,); autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008); decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a ser ocupada apenas por grupos indígenas (Pet nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009); sentenciou pela inexigibilidade de diploma para o acesso e exercício da profissão de jornalista (RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17/6/2009); reconheceu a união estável de casais homossexuais (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011); liberou a chamada “Marcha” pela legalização do uso da maconha (ADI nº 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011,); declarou constitucional a “Lei da Ficha Limpa” (ADC nº 29; ADC nº 30 e ADI nº 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012); autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012); considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais (ADPF nº 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE nº 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades.

Em entrevista a Cristo e Vasconcellos (2013) Nelson Nery Junior afirmou que o valor da jurisprudência dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, tem sido a sua maior preocupação. O Judiciário tem privilegiado demais a jurisprudência, com a criação de súmulas, forçando que juízes decidam de determinada maneira, quando deveriam utilizar, por vontade própria, decisões anteriores como base para julgamentos atuais. Precedente obrigatório não é precedente. Prossegue na entrevista abordando o caso da regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo e a garantia aos mesmos direitos dos companheiros heterossexuais pela via judicial, colocando em cheque o disposto no artigo 1.723 do Código Civil, bem como o artigo 226, § 3, da CRFB/88, uma vez que tanto o texto constitucional como o Código Civil referem-se a homem e mulher.

Acerca do reconhecimento dos direitos homossexuais é evidente que não pode ficar sem o devido amparo jurídico e merece sem dúvida alcançar *status* jurídico, porém de forma viável e com amparo constitucional, uma vez que “não cabe a um tribunal, através de um ato

investido de autoridade (e vontade), decidir de modo a contrariar o arcabouço jurídico existente no país.” (TASSINARI, 2013:133).

Desse modo, conclui Nelson Nery Junior, “a atuação do Supremo ao ampliar o alcance de seus julgamentos, como no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, contraria a Carta Magna. O Supremo não pode mudar a Constituição. Ele não foi feito para isso.” (CRISTO; VASCONCELLOS, 2013).

Por meio do presente estudo, busca-se demonstrar que os meios utilizados para concretizar os direitos não estão sendo os adequados e constitucionalmente aprovados, pois o ativismo não é meio hábil para tanto, uma vez que toda a sociedade está à mercê de vontades e opiniões oscilantes de onze ministros (STF), os quais garantem ou não os direitos de toda uma nação.

O ativismo está baseado em um ato não condicionado por pressupostos jurídicos, mas sim pela mera vontade do magistrado, apresentando-se, portanto, como um forte problema, podendo acarretar inclusive na perda de autonomia do direito, uma vez que na atual conjuntura, há indiscutivelmente uma tendência de delegar à jurisdição a concretização de direitos. (TASSINARI, 2013:141).

No que tange à atuação do judiciário brasileiro comparado à intervenção do judiciário norte-americano, salienta-se que a Constituição brasileira diferencia-se da norte-americana por apresentar vasto conteúdo normativo que o texto constitucional norte-americano não possui. É por isso que se pode afirmar que, as discussões sobre a legitimidade da atuação do Judiciário brasileiro poderiam ser amenizadas, porque o próprio texto constitucional brasileiro estabelece os limites formais e materiais de intervenção judicial (TASSINARI, 2013:149).

A história da Constituição é marcada pelo estabelecimento de limites ao poder, seja ele qual fosse, portanto, dentre os poderes atuais existentes chega beirar o absurdo acreditar no prevailecimento de um poder (judiciário) em detrimento de outro.

Para complementar esse cenário de intensa e discricionária atividade jurisdicional implica compreender, como afirma Cattoni (2007:75) que “A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional.”

Assim, em um sistema que tem por base a lei, a percepção do ativismo judicial se apresenta como um mal maior. Contudo, este ativismo judicial, ao menos no Brasil, “possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a

desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política e a falta de consenso sobre pontos fundamentais.” (REVERBEL, 2009:06).

Necessário que se faça uma análise acerca do crescente movimento de fortalecimento do Judiciário, que juntamente o ativismo judicial aparece como uma “praga” que precisa ser contido e utilizado de forma moderada, para não se tornar uma acentuada e discricionária atuação do Poder Judiciário, sendo necessário neste momento repensar a função e atuação do Poder Judiciário, para não burlar princípios básicos, tal como o da separação de poderes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se da análise do controle de constitucionalidade brasileiro que este ao mesmo tempo em que difere do controle norte-americano, vem atualmente demonstrado semelhanças, não obstante a elevada disparidade entre as tradições e culturas jurídicas dos dois países.

No mais, o *civil law* apresenta tendência de exclusividade da lei, tendo a jurisprudência papel secundário, exatamente o inverso do *common law*, tradição em que o juiz pode usar mais sua criatividade para solucionar um litígio, pois se encontra menos restrito à lei. Traço autoritário do sistema jurídico brasileiro reflete-se na expressão de um velho provérbio brasileiro: “Aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei.”

A primeira forma de ativismo foi para criar o controle de constitucionalidade norte-americano, contudo, o fato é que o Brasil se apresenta farto das teorias advindas de solo anglo-saxão, mas de nada adianta incorporar a doutrina norte-americana sem a observação das necessidades da realidade brasileira, ou seja, total ausência de necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano.

O Judiciário brasileiro tem evidentemente privilegiado demais a jurisprudência, como se pode exemplificar pelo reconhecimento da união homoafetiva e de tantos outros casos citados por Fernandes e Nelson (2014), e da dita omissão legislativa, a qual apesar de existir demonstra que não se trata de omissão, mas sim de priorizar o pouco relevante.

Para tanto, a título exemplificativo, em uma realidade em que a jurisprudência e súmulas valem ouro, e a lei vale prata, por motivos políticos, legislativos e sociais, verifica-se no Brasil um Poder Legislativo com foco na Proposta de Emenda Constitucional (PEC da

Felicidade) n. 19/2010, o que causa tamanha indignação, em virtude das demais situações que necessitam com urgência de regularização.

Portanto, poderia se concluir que o Brasil está efetivamente vivenciando o *common law*, priorizando precedentes em detrimento da lei em alguns aspectos, porém em outros, mantém a postura romano-germânica do *civil law*, configurando uma mescla de sistemas jurídicos, chegando-se a questionar se o direito brasileiro não perdeu sua autonomia, pois adotou controle difuso de constitucionalidade inspirado no modelo norte-americano, vem adotando as práticas do ativismo judicial que nasceu em solo norte-americano, porque não aceitar que estamos vivendo um momento de transição jurídica, e que o sistema *civil law* encontra-se saturado por apresentar postura de um verdadeiro sistema norte-americano?

É necessário aceitar tal realidade, para dessa forma poder compreender o rumo pelo qual o sistema jurídico brasileiro pretende trilhar, pois afinal, é por meio dele que se constitui a democracia e, principalmente, entender definitivamente que o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a usurpar de prerrogativas do Legislativo, tal como a competência para reconhecimento e regularização dos direitos e garantias das uniões homoafetivas.

Desse modo, conclui-se que o ativismo judicial deve ser enfrentado como um problema, algo prejudicial à democracia, uma vez que não é o meio adequado e constitucional para concretizar os direitos, pois a sociedade não poder estar à mercê de vontades e opiniões de ministros, os quais garantem ou não os direitos de uma nação.

A solução adotada pela Corte Constitucional da África do Sul no caso *Fourie*³ – ao que nos parece pode servir de inspiração ao Brasil para o enfrentamento dos temas submetidos ao Controle de Constitucionalidade. Como nosso texto constitucional consagra a Teoria da Tripartição dos Poderes, aduz, em seu art. 2.: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” a remessa ao Legislativo para sanar a inconstitucionalidade e regular a matéria em prazo determinado, suspendendo, assim, a declaração da nulidade por parte do Poder Judiciário nos parece ser a solução mais adequada.

Além disso, restou evidenciado a força com que a jurisprudência vem se infiltrando no ordenamento pátrio, porém a realidade brasileira impõe mudanças de paradigmas e

³ O caso *Fourie* possibilitou a Corte Constitucional da África do Sul decidir acerca do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O caso foi instruído em 17.05.2005 e decidido em 01.12.2005. (SOUZA, 2013:109).

adaptação, pois só o clamor social por uma atuação mais forte do Judiciário, não significa guarida constitucional, nem tampouco a promoção da tão buscada realização da justiça.

A democracia brasileira está em atual situação de insegurança, especialmente, em razão da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, o qual se apresenta em situação de “vergonha e caos nacional”, não merecendo crédito, mesmo porque se as opiniões acerca de tal poder fossem aqui narradas, sem dúvidas, após redigir este artigo enfrentaria uma possível prisão. Com urgência, o país clama por reforma política, porém esta não poder ser realizada por juízes, que sequer possuem prerrogativas para tanto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. **Revista da Esmese**. Aracaju: ESMESE/TJ, nº 16, 2012. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/16.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2014. p. 91-150.

APPLE, James G.; DEYLING, Robert P. **A primer on the Civil-Law System**. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1995.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro. 272f. **Dissertação**. (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Recife, 2011. Disponível em: http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566. Acesso em: 24 fev. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 22 de dezembro de 2008. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em: 10 dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. (2011). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ayres Britto. Acórdão publicado em: 14 out. 2011. DJe-198 Ement. Vol. 02607-01, pp-00001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 fev. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. (2007)** Número Registro: 2003/0221786-0 REsp 650728 / SC. Números Origem: 199804010519005 8900026933. Recurso Especial 650728/SC. Segunda Turma. Relator: Herman Benjamin. Julgado em 23 out. 2007.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Default.aspregistro=200302217860&dt_publicacao=02/12/2009>. Acesso em: 24 fev. 2014.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de direito constitucional – controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. **Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram**. 04 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado-parecerista>>. Acesso em 24 fev. 2014.

DAVID René. **Os Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em:

<<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>> Sem data. Salvador(Bahia): Editora JusPodivm. Acesso em: 04 jan. 2013.

DUARTE. Alessandra; OTÁVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. Reportagem publicado no site **O GLOBO**. Disponível em:

<<http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389#ixzz2sm8Mies5>> Acesso em: 08 fev. 2014.

FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re)analizando o dogma do “legislador negativo”. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em:

<www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 02. abr. 2014.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012.

Revista Consultor Jurídico ConJur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>> Acesso em: 18 nov. 2013.

JACOBSEN, Gilson. Análise comparativa dos sistemas judiciários. 4 de setembro de 2009.

Revista Consultor Jurídico ConJur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set->

04/analise-comparativa-sistemas-judiciarios-brasileiro-norteamericano?imprimir=1>. Acesso em: 08 fev. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de direito constitucional. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM** (março de 2009) volume 4, n. 1. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#UvbAZGJdX_E> Acesso em: 08 fev. 2014. Este artigo recebeu prêmio de menção honrosa ao ser apresentado na USP no XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional – Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O papel das Cortes Constitucionais Brasileira e Sul-Africana no Reconhecimento da União Homoafetiva. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister: Belo Horizonte: IBDFAM, 2007 - Out-Nov 2013. ano XV nº 36, p. 97-125.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.