



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 1 | n. 3 | setembro/dezembro 2014 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)



## Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?\*

### *Interamerican Court of Human Rights and judicial review: judicialization and judicial activism in protection of human and fundamental rights?*

**MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL\*\***

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)  
moniah@unisc.br

**Recebido/Received:** 19.06.2014 / June 19<sup>th</sup>, 2014  
**Aprovado/Approved:** 25.07.2014 / July 25<sup>th</sup>, 2014

#### **Resumo**

A discussão acerca da legitimidade e dos limites dos Tribunais Constitucionais não é nova, especialmente diante de fenômenos como judicialização e ativismo judicial. Podem, contudo, estes referenciais teóricos de análise ser aplicados, também, aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos?

#### **Abstract**

*The legitimacy and the limits of judicial review are themes that have been discussed for a long while in Constitutional Theory, especially considering phenomena like “judicialization” and “judicial activism”. But can these theoretical studies also be used as analysis element in the case of International Courts of Human Rights?*

Como citar este artigo | How to cite this article: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>

\* Este artigo é resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP, financiado pelo FINEP e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde a autora desenvolve o projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise comparativa da atuação do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no controle de políticas públicas de inclusão social e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil” na condição de coordenadora. O artigo se insere, também, no âmbito do projeto “Recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais do Brasil e do Chile - rumo a um Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana”, que conta com recursos do Edital de Internacionalização da Pós-Graduação no Rio Grande do Sul-2013 da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS e da Fundação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Ele também se insere no âmbito das atividades desenvolvidas junto ao “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana”, que conta com recursos do FINEP.

\*\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS), onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; jurisdição constitucional; ativismo judicial; direitos humanos e fundamentais.

**Keywords:** *Interamerican Court of Human Rights; judicial review; judicial activism; human and fundamental rights.*

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Jurisdição constitucional na ordem democrática: os Tribunais Constitucionais como “senhores da Constituição”. 3 Judicialização e ativismo judicial: duas faces da mesma moeda, mas não necessariamente a mesma moeda. 4. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: a realização dos direitos humanos justifica tudo? 5. Conclusão. 6. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional adquiriu grande relevo no contexto do Estado Constitucional, enquanto garantidora da Constituição e dos direitos fundamentais. Sua proeminência é decorrente, por sua vez, da própria centralidade e supremacia que caracterizam seus objetos de controle. Ao exercer suas competências, contudo, os Tribunais Constitucionais acabam, por vezes, sendo criticados e questionados acerca dos limites de sua atuação. Expressões como “judicialização” e “ativismo judicial” aparecem, então, de forma recorrente. No mesmo sentido, mais recentemente, também os Tribunais Internacionais (e, neste particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos) adquiriram proeminência, atuando de forma cada vez mais intensa na proteção dos direitos humanos e fundamentais. Assim, a questão que norteia o presente trabalho é se e em que medida estes referenciais de análise podem, também, ser aplicados aos Tribunais Internacionais.

Assim, o presente artigo intenta enfrentar alguns aspectos centrais a esta discussão. Seu objeto refere-se, portanto, mais a uma contribuição no sentido de qualificação do debate do que a uma busca por uma resposta direta para o problema dos limites de sua atuação. Para tanto, delinea-se, num primeiro momento, uma rápida evolução histórica acerca da jurisdição constitucional e dos aspectos que conduzem às noções de “judicialização” e de “ativismo judicial” abordadas no segundo ponto, para, então, se buscar contrastar a aplicação destes conceitos aos Tribunais Internacionais. Por fim, no último tópico, analisa-se o processo de restrição da soberania externa, ao qual a atuação dos Tribunais Internacionais está associada, contrastando-o com o fenômeno de limitação do poder que ocorreu, no âmbito interno, por meio do estabelecimento do Estado de Direito e da Constituição (reforçada pelos Tribunais Constitucionais), apontando-se algumas dificuldades teóricas e imprecisões terminológicas que as categorias trabalhadas apresentam, o que dificulta, muitas vezes, uma reflexão adequada e o estabelecimento de padrões claros de atuação para esses Tribunais.

O que se pretende, portanto, é contribuir para uma melhor compreensão destes aspectos, para que se possa qualificar e aprofundar o enfrentamento da matéria, assim

como com a atuação dos Tribunais Constitucionais e dos Tribunais Internacionais em sua tarefa de concretização dos direitos humanos e fundamentais, que deve contribuir – e não colocar em risco – a democracia.

## 2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ORDEM DEMOCRÁTICA: OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS COMO “SENHORES DA CONSTITUIÇÃO”

O ativismo judicial, associado a uma postura ativa e interventiva dos Tribunais Constitucionais no sentido de realização da Constituição e de concretização dos Direitos Fundamentais, tem sido um dos aspectos mais controversos e discutidos pela Teoria Constitucional contemporânea, especialmente no que tange à sua legitimidade democrática, em face de uma – suposta – violação do princípio da separação dos poderes, pois, ao tentar levar a cabo suas tarefas constitucionais, o Poder Judiciário acaba, muitas vezes, sendo acusado de invadir competências reservadas aos poderes públicos e à discricionariedade administrativa ou legislativa, atuando, assim, de forma positiva, e não meramente negativa, como originariamente era sua função.

Neste sentido, percebe-se que a atual jurisdição constitucional em nada se parece com o controle de constitucionalidade inaugurado pelo célebre caso *Marbury v. Madison*<sup>1</sup> (1803), nos Estados Unidos, que deu, quase que “acidentalmente”<sup>2</sup>, início ao fenômeno. John Marshall, participando do julgamento enquanto juiz, sustentou a tese de que a lei que fundamentava a ação impetrada era inconstitucional, pois ela atribuía à Suprema Corte poderes originariamente não previstos ou fixados pela Constituição, não podendo, portanto, ser a sua competência ampliada senão pela própria Constituição. Sustentou, então, a tese de que a Constituição é a base de todos os direitos e a lei suprema do ordenamento jurídico, de modo que o seu conteúdo é imodificável pelas vias ordinárias, ou seja, as demais leis têm de estar de acordo com os princípios por ela consagrados<sup>3</sup> - justificando-se, assim, um controle dos atos legislativos que a

<sup>1</sup> Consta dos assentos históricos que John Marshall, o “autor” da teoria da inconstitucionalidade, era amigo do então presidente americano Adams, que, no último dia de seu governo, fez um enorme número de nomeações em favor de seus correligionários; no entanto, diz-se que nem todos os beneficiários receberam seus atos de nomeação, que então foram sustados pelo novo presidente, Thomas Jefferson. Um dos prejudicados, de nome *Marbury*, que havia sido indicado para ser juiz de paz e não foi empossado a tempo, ingressou com um *writ of mandamus* perante a Corte para obrigar o novo secretário de Estado, Madison, a empossá-lo.

<sup>2</sup> Note-se, por oportuno, que a figura do controle de constitucionalidade não aparece expressamente prevista no texto da Constituição americana de 1787. Trata-se, antes, de uma construção feita a partir da Constituição. Neste sentido, ver a obra de COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. pp. 72 et seq., que traz uma ampla e rica gama de informações sobre o tema.

<sup>3</sup> Conforme SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 30.

contrariam – porque, do contrário, aceitar-se-ia a idéia de que qualquer ato legislativo pode modificá-la.

A ideia de controle de constitucionalidade ali historicamente desenvolvida, contudo, muito pouco se assemelha com a realidade da jurisdição constitucional atual.<sup>4</sup>

Da mesma forma, tampouco o Tribunal Constitucional idealizado por Hans Kelsen, por ocasião de seu célebre debate com Carl Schmitt acerca de a quem melhor caberia a tarefa de zelar pela Constituição, em meio às tentativas de estabilização da República de Weimar<sup>5</sup>, na Alemanha, poderia imaginar no que ele viria a se transformar no atual contexto democrático.

Tal sistema, ao adotar uma lógica concentrada de controle, difere, por sua vez, da *judicial review* americana – de caráter difuso – em aspectos decisivos, pois confia a um único tribunal, o Tribunal Constitucional, a tarefa de preservar a Constituição.<sup>6</sup> Kelsen idealizou o controle de constitucionalidade como uma função não propriamente judicial, senão de “legislação negativa”<sup>7</sup>, em que cabe, a este órgão, analisar tão-somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica entre a lei e a Constituição. Trata-se, por conseguinte, de uma atividade que se aproxima da do legislador, porquanto possui uma dimensão geral e abstrata (que se aproxima da do legislador), e não uma decisão singular e concreta, típica da atividade jurisdicional.<sup>8</sup>

Além disso, ao incumbir-se o Poder Legislativo da indicação dos seus membros, buscou-se construir, a partir do resgate da noção de *volonté générale*, uma legitimidade e legitimação indiretas para este novo órgão<sup>9</sup>, adotando-se, assim, uma compreensão que destaca a supremacia da Constituição, porém sem comprometer a essência do mito da soberania legislativa, tão caro ao direito continental europeu.<sup>10</sup> Deste modo, o Tribunal Constitucional, de concorrente do Parlamento, acaba sendo colocado como

4 HÄBERLE, Peter. **Verfassungslehre als Kulturwissenschaft**. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

5 Sobre a estrutura da jurisdição constitucional na República de Weimar, ver o resgate histórico feito por ROBBERS, Gerhard. **Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS). Heft 4. München: C.H. Beck, 1990. p. 262.

6 A título ilustrativo, confirmando o que foi dito acima, André Ramos Tavares, em sua obra sobre a figura da jurisdição constitucional, traz um interessante levantamento das Constituições ao redor do mundo que acabaram por incorporar o sistema “kelseniano” de controle de constitucionalidade. Em: TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 81 **et seq.**

7 KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. In: Veröfentlichung der Vereinigung der deutschen Staatslehrer (VVDStRL), Band 5. Berlin: Walter Gruyter, 1929. p. 81.

8 KELSEN, Hans. **Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Mohr, 1929. p. 57.

9 Registre-se que, na maioria dos países, a indicação dos integrantes do referido tribunal é feita pelo Parlamento, constituindo-se de mandato fixo. Ver HAAS, Evelyn. **La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 10. ed. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004. p. 104.

10 Tal fato ganha destaque, sobretudo, na percepção de Enterría, ao se ter presente o risco que representava a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, especialmente na Alemanha, onde as posições românticas da **Escola Livre do Direito** alimentavam uma revolta dos juizes contra a lei. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985. p. 58.

o seu complemento lógico, realizando não uma apreciação com relação ao conteúdo da lei, mas tão-somente analisando a sua *validade* (daí dizer-se que ele atua como um “legislador negativo”).<sup>11</sup>

Houve, no entanto, ao longo desse processo – especialmente no segundo pós-guerra – um afastamento, por parte dos tribunais constitucionais europeus, do modelo de controle concentrado proposto por Kelsen<sup>12</sup>, que passou a incorporar e adquirir novas dimensões.

A atual atividade jurisdicional desses Tribunais ultrapassa, em certa medida, a função meramente “negativa” de controle, vindo a adquirir, notadamente, uma dimensão construtiva e criativa, assentada na necessidade de concretização dos princípios e dos direitos fundamentais insculpidos nos textos das Constituições, onde figuras como as sentenças interpretativas e as sentenças manipulativas<sup>13</sup> tornam-se cada vez mais freqüentes, assim como os recursos a instrumentos hermenêuticos que viabilizem e instrumentalizem a tarefa de realização e de garantia dos direitos fundamentais, ainda que isto implique numa transposição das funções que tradicionalmente lhe foram reservadas.

---

<sup>11</sup> Segundo Haltern, Kelsen concebia a sua teoria como uma forma de proteção e de defesa da democracia; ele só não respondeu, contudo, como se dá a legitimação democrática desta nova e importante instância decisional. HALTERN, Ulrich R.. **Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 210.

<sup>12</sup> Sobre o processo de afastamento do modelo original kelseniano que marca a atuação dos Tribunais Constitucionais na Europa, ver o texto de SÁNCHEZ, José Acosta. **Transformaciones de la Constitución en el siglo XX**. In: Revista de Estudios Políticos, n. 100, abril-junio 1998. pp. 67 et seq.

<sup>13</sup> As sentenças interpretativas podem ser tidas como aquelas em que o Tribunal, para dar conta de sua tarefa de preservação e de realização da Constituição, se vale de recursos hermenêuticos e interpretativos – tais como as figuras da interpretação conforme à Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto – para assegurar a constitucionalidade dos dispositivos legais questionados. Já no caso das chamadas sentenças manipulativas (aditivas, redutivas ou substitutivas) o Tribunal, com a mesma finalidade de assegurar a conformidade de determinada norma com a Constituição, prefere manipulá-la textualmente, isto é, altera o seu texto original (acrescentando, retirando ou substituindo, respectivamente, conforme o caso) evitando, assim, a declaração de inconstitucionalidade. Sobre as sentenças interpretativas e manipulativas, ver o nosso texto LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. Interpretação conforme à Constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, Tomo 6, pp. 1563-1586. Também ABELLÁN, Marina Gascón. **Los límites de la jurisdicción constitucional**. In: LAPORTA, Francisco (org.). **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; ELIA, Leopoldo. **Constitucionalismo cooperativo, racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas**. In: PINA, António López. **División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional**. Madrid: Tecnos, 1987. No Brasil, a temática é enfrentada por MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998 e STRECK, Lênio Luiz. **Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a Arguição de Preceito Fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira**. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Diante de tal quadro, não tardaram as críticas ao que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, estando a maioria delas assentada no argumento do paternalismo<sup>14</sup> representado pela jurisprudência de valores incorporada por esses Tribunais, que passam a ser, na designação de Böckenförde<sup>15</sup>, os “senhores da Constituição” (*Herren der Verfassung*).

Não se pode, contudo, confundir ativismo e judicialização, fenômenos que, frequentemente, são tomados como sinônimos, mas que, apesar de serem duas faces da mesma moeda, possuem fundamentos distintos, sendo que esta “confusão” terminológica em nada contribui para uma reflexão adequada acerca do tema e de suas implicações no âmbito da legitimidade da jurisdição constitucional. Em face disso, tentar-se-á, no tópico que segue, analisar estes dois conceitos em suas causas e particularidades, contrastando-os, a fim de que possam ser melhor compreendidos e, conseqüentemente, seja possível uma apreciação crítica mais consistente acerca de cada um deles.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: DUAS FACES DA MESMA MOEDA, MAS NÃO NECESSARIAMENTE A MESMA MOEDA

Quando se discutem as funções e a atuação da jurisdição constitucional no atual contexto democrático, são recorrentes as referências a fenômenos como “judicialização” e “ativismo judicial”. Em que pese frequentemente serem empregadas de forma vinculada ou como sinônimos, ambas não podem ser confundidas, pois possuem características e causas distintas.

A judicialização consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (que, ao tomá-los como vinculantes, resulta em conceitos como a *Austrahlungswirkung*<sup>16</sup> e a *Drittwirkung*<sup>17</sup>), que, somados, conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional, conforme já referido no item anterior. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário,

<sup>14</sup> Neste sentido, destaca-se, por exemplo, a obra de MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000. pp. 183-202. Também DENNINGER, Erhard. **Der gebändigte Leviathan**. Baden-Baden: Nomos, 1990.

<sup>15</sup> A expressão aparece em diferentes momentos da obra do autor, como, por exemplo, em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Begriff und Probleme des Verfassungsstaates**. In: *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1999. p. 132.

<sup>16</sup> SCHLINK, Bernhard. **Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Band 28. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

<sup>17</sup> SCHWABE, Jürgen. **Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte**. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr. München: Goldmann, 1971.

que resulta de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a este Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.<sup>18</sup>

Neste sentido, o constitucionalista norte-americano Mark Tushnet<sup>19</sup>, em instigante artigo, faz uma interessante reflexão acerca das dificuldades hermenêuticas e pragmáticas que a referida expressão traz, especialmente em face da inexistência de critérios possíveis e minimamente claros para se estabelecer quando uma decisão é “ativista” ou não (aliás, o autor tenta demonstrar, com base em uma série de exemplos, que, para se determinar o que significa ser “ativo”, é preciso, antes, que se estabeleçam os padrões e critérios do que seria o considerado padrão “normal” de julgamento, aspecto que igualmente se afigura impossível, em face da abertura interpretativa que caracteriza o direito – e especialmente o direito constitucional – atual). Assim, o conceito do que é considerado “ativo” é relativo e variável, dependendo do referencial de análise adotado (ou considerado “normal”), que, por sua vez, também é relativo, pois pressupõe uma atividade interpretativa, que varia no tempo e no espaço.<sup>20</sup>

#### 4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS JUSTIFICA TUDO?

Para que se possa compreender adequadamente o tema da atuação dos Tribunais Internacionais, se faz necessário, primeiro, analisar alguns aspectos históricos

<sup>18</sup> A inovação não reside, aqui, na compreensão da jurisprudência como fonte do Direito, mas sim em sua relevância e fundamentalidade, pois ela passa, neste processo, de fonte supletiva a elemento central de conformação da ordem jurídica, pois a atuação do magistrado, no caso concreto, se afigura como determinante para a conformação do direito, por meio de uma atividade criativa, construtiva, de integração do texto normativo com a realidade. Percebe-se, portanto, uma transformação na compreensão da atividade interpretativa (associada à virada lingüística e à chamada “Nova Hermenêutica”), bem como uma transformação do próprio Direito, que, ao adquirir um caráter principiológico e valorativo, vinculado, notadamente, aos direitos fundamentais, demanda uma atuação diferenciada do julgador na sua conformação e concretização. É nesta perspectiva, portanto, que se pode falar de uma certa aproximação entre os sistemas da *common law* (jurisprudencial) e da *civil law* (legalista), pois este último vem, progressivamente, reconhecendo maior espaço e relevância à atividade jurisdicional, vinculada à aplicação do direito – ainda que legislado – ao caso concreto. Sobre a viragem lingüística e seus reflexos na interpretação, HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 16. Auflage. Tübingen: Niemeyer, 1986 e GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Tübingen: Mohr, 1972. A respeito da “Nova Hermenêutica” e da jurisprudencialização do direito, ver KOCH, Hans-Joachim. **Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen**. In: Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), Heft 11/12, 30. Juni 1986; ISENSEE, Josef. **Bundesverfassungsgericht – quo vadis?** In: Juristen Zeitung (JZ), 22. November 1996; também CITTADINO, Gisele Guimarães. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 17-42.

<sup>19</sup> TUSHNET, Mark. **The United States of America**. In: DICKINSON, Brice. **Judicial activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007. pp. 415-436.

<sup>20</sup> HÄBERLE, Peter. **Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)**. In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. pp. 59-92.

relacionados ao seu surgimento e atuação, que, em certa medida, são muito próximos daqueles que caracterizam a figura da jurisdição constitucional, já mencionada, porém com alguns traços distintivos.

Neste sentido, um aspecto importante a ser considerado reside na compreensão da noção de soberania, que adquiriu, em sua acepção moderna, associada à figura do Estado, dimensões distintas no âmbito interno e no âmbito externo.

A soberania aparece associada a uma ideia de supremacia, de um poder que não está submetido a qualquer outro, seja no âmbito interno, seja no âmbito externo (nas relações do Estado soberano com os demais Estados, também soberanos, pois especialmente aí não há nenhum poder superior – todos são iguais em suas prerrogativas, não se admitindo qualquer ingerência).

A ideia de poder soberano, reconhecido aos monarcas absolutistas, tem como característica a superioridade do poder régio sobre qualquer outro dentro do território no qual se assenta o seu domínio. Os monarcas são soberanos porque não há nenhuma força que os vincule, assim como os conflitos externos entre as diferentes soberanias se resolvem por meio da força ou por meio do consenso recíproco, isto é, também sem a intervenção de qualquer poder “superior”.<sup>21</sup>

Além disso, como bem adverte Ferrajolli, “com a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos, que haviam cimentado a *civitas christiana* (nação cristã) sob a égide da Igreja e do Império, cai todo e qualquer limite à soberania estatal e se completa, com sua plena secularização, sua total absolutização. Estes dois processos – secularização e absolutização – envolvem ambas as dimensões da soberania, a externa e a interna, e compõem um todo com a formação da ideia moderna do Estado como pessoa artificial, fonte exclusiva do direito e, ao mesmo tempo, livre do direito.”<sup>22</sup>

Significa dizer que, ao mesmo tempo em que o discurso do Estado Nacional e da soberania produziram uma monopolização da força na ordem interna, produziram, na ordem externa, uma descentralização – marca distintiva do Direito Internacional desde então – já que, com a conformação do poder em bases territoriais, se produz uma horizontalização das relações entre Estados com igual soberania.

Assim, a afirmação dos Estados-Nação por meio da centralização do poder teve, antes de mais nada, uma dimensão interna: quem exerce o poder soberano é detentor do exercício legítimo do poder supremo, a autoridade máxima e absoluta da comunidade política, o que conduz, em última análise, a uma monopolização do uso legítimo da força por parte das autoridades centrais. Em contrapartida, no âmbito externo, a

<sup>21</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 116.

<sup>22</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 16-17.

soberania passou a significar a inexistência de qualquer poder politicamente superior ao do Estado no espaço do respectivo território.<sup>23</sup>

Daí se pode deprender que a orden jurídica internacional surgiu, já, baseada numa noção de sociedade (em oposição a uma noção de comunidade, baseada em valores compartilhados), caracterizada pela existência de relações horizontais de coordenação, de natureza eminentemente contratual.

Com relação a estes conceitos se pode, por sua vez, buscar em Émile Durkheim a distinção entre direito repressivo (associado a uma noção de solidariedade mecânica, que liga o indivíduo diretamente à sociedade) e direito restitutivo (assentado em uma noção de solidariedade orgânica, que tem como pressuposto a diferenciação entre os indivíduos), respectivamente.

Transpondo-se esta reflexão para a órbita do direito internacional, é possível perceber que é exatamente esta última a característica originariamente adotada pela comunidade de Estados, na esfera externa, a partir da conformação de sua soberania interna. Na perspectiva externa, os Estados se apresentam como verdadeiras fortalezas, fechadas, protegidas pelo princípio da não-ingerência. Poderia haver, alternativamente, uma luta entre soberanias, isto é, a guerra (uma eventualidade regulada – e, portanto, não necessariamente proibida – pelo direito internacional), bem como a coexistência de distintas soberanias mediante a criação de relações horizontais e paritárias disciplinadas por normas de cuja criação haviam participado livremente os próprios Estados (os Tratados Internacionais e os costumes). Estava, em contrapartida, excluída – porque isto confrontaria com a sua natureza soberana – a possibilidade de uma autoridade superior, à qual os Estados tivessem que se submeter (um governo supranacional ou até mundial).<sup>24</sup>

Trata-se, assim, de um direito restitutivo, e não repressivo, de relações pautadas não pelo compartilhamento de sentimentos comuns, mas pelo respeito à diferença e à autonomia de cada um de seus sujeitos, que se obrigam por meio de contratos – neste caso, os Tratados – em que restam garantidas as prerrogativas de autodeterminação das partes. O principal escopo é, portanto, assegurar as esferas de atuação e de não-intervenção de cada Estado.

É possível sustentar, por conseguinte, que a noção de soberania se apresenta em duas perspectivas distintas, que, historicamente, seguiram lógicas também distintas: uma interna, que tendeu a ser restringida ao longo do tempo, especialmente em

<sup>23</sup> PUREZA, José Manuel. **El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?** Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002. pp. 31-32. Segundo a historiografia internacionalista, remonta à Paz de Westfalia (1648), que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, o surgimento da estrutura da comunidade internacional na forma que permaneceu até o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Cf. CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. Traducción de Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

<sup>24</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. pp. 10-11.

virtude da instituição da noção de Estado de Direito de da própria Constituição, e outra externa – na relação com os demais Estados – que, em um primeiro momento, tendeu a absolutizar-se.<sup>25</sup>

Esta é a concepção de Ferrajolli, que sustenta que a idéia de soberania como *potestas absoluta superiorem non recognoscens* corresponde a dois eventos paralelos e divergentes: aquele da soberania interna, que é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito; e aquele da soberania externa, que é a história de sua progressiva absolutização, que alcançou seu ápice na primeira metade do Século XX, com as catástrofes provocadas pelas guerras.<sup>26</sup>

A noção de soberania abarca, portanto, acepções que consistem em processos que se dão em sentidos opostos.<sup>27</sup> Dentro deste contexto, a primeira a ser teorizada foi a soberania externa, por teólogos espanhóis, ainda no Século XVI<sup>28</sup>, antes mesmo das doutrinas acerca da soberania interna propostas por Bodin e por Hobbes. Depois, Francisco de Vitoria, visando a legitimar o direito de descoberta, acabou por reelaborar as velhas doutrinas sobre o tema, lançando as bases para o Direito Internacional moderno e, simultaneamente, do conceito moderno de Estado como sujeito soberano.

O núcleo central de sua tese reside na idéia de que a ordem mundial é uma *communitas orbis*, ou seja, uma república de Estados soberanos, igualmente livres e independentes, portadores de determinados direitos naturais que devem ser respeitados pelos demais Estados.

Já na esfera interna, verificou-se uma progressiva limitação do conceito, uma vez que “com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, e depois com sucessivas cartas constitucionais, muda a forma do Estado e, com ela, muda, até se esvaziar, o próprio princípio da soberania interna. De fato, divisão dos poderes, princípio

<sup>25</sup> “Se soberania é poder absoluto, que não reconhece nenhum outro acima de si, historicamente o que se viu, nos últimos quatro séculos, foi, no interior dos Estados, a crescente dissolução da soberania e a afirmação dos Estados Democráticos e constitucionais e, externamente, a progressiva absolutização do conceito.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. Apresentação. In: FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Hoje, contudo, em face do direito internacional, este conceito tende a se relativizar.

<sup>26</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 03.

<sup>27</sup> “Essa dúplici oposição entre estado civil e estado de natureza dá origem, a partir da Revolução Francesa, a duas histórias paralelas e opostas da soberania: a de uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional. (...) Soberania externa e soberania interna seguem nessa fase dois percursos inversos: aquela se limita tanto quanto esta se liberta.” Ibidem. p. 27.

<sup>28</sup> Alguns elementos históricos apontam, conforme entendimento de certos autores, para a necessidade de justificação da conquista e da dominação do Novo Mundo, com as grandes navegações, como fator propulsor dessas teorias – entre elas a de Francisco de Vitoria – que acabaram obtendo enorme reconhecimento.

de legalidade e direitos fundamentais correspondem a tantas outras limitações e, em última análise, a negações da soberania interna.”<sup>29</sup>

Existem, pois, segundo o autor italiano, uma antinomia irreduzível entre soberania e direito, já que ambos são “incompatíveis” em termos absolutos. Em um Estado de Direito, onde todos estão sujeitos à lei, não é possível falar-se em um poder livre, não submetido à ordem legal, dissolvendo-se, assim, a noção pura de soberania.<sup>30</sup>

Na esfera internacional, este processo se dá, por sua vez, a partir do surgimento de organizações e de tratados internacionais<sup>31</sup>, que acabam por gerar uma verdadeira ordem supranacional. De um pacto associativo, o Direito Internacional se transforma em um pacto de sujeição, que equivale a um verdadeiro contrato social internacional, por meio do qual o Direito Internacional se modifica estruturalmente, passando de um sistema baseado em tratados bilaterais *inter partes* (homogêneas) a um verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal; não mais um simples pacto associativo, senão que também um *pactum subjectionis*.<sup>32</sup>

Pode-se vislumbrar, portanto, uma consolidação do direito repressivo de Durkheim também na esfera internacional<sup>33</sup>, sendo que os Estados estão, cada vez mais, limitados em sua soberania, tanto interna quanto externa.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Assim, ainda conforme o autor, “o modelo de Estado de Direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania, de forma que dele resultam excluídos os sujeitos ou os poderes *legibus soluti*.” *Ibidem*. p. 28.

<sup>30</sup> “Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudo-conceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso, uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste.” *Ibidem*. p. 44.

<sup>31</sup> Especialmente a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, após o término da II Guerra Mundial, e que possui certa função de supranacionalidade e de vinculação dos Estados – ainda que alguns eventos internacionais recentes, especialmente a invasão do Iraque pelos Estados Unidos, tenham colocado em risco este papel. Não se pode negar, contudo, que houve, desde então, um progressivo processo de internacionalização do Direito, principalmente com base nos direitos humanos e fundamentais. Tanto que alguns autores, como é o caso de Jorge Miranda, sustentam a supremacia da legislação internacional relativa ao tema sobre as legislações internas dos países, em uma inversão da tradicional pirâmide que tinha em seu ápice a lei constitucional de cada Estado. Nesta perspectiva, o próprio caso do Brasil é paradigmático, pois a Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Trata-se, assim, de uma inquestionável sujeição à ordem internacional, refletida pela adoção da teoria monista, como se pode depreender da leitura da obra de PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111.

<sup>32</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 40-41.

<sup>33</sup> PUREZA, José Manuel. El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad? Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002. p. 25.

<sup>34</sup> Crise que Bolzan de Moraes denomina de crise funcional. O que se verifica atualmente é, conforme o autor, uma interdependência internacional, determinada por fatores políticos, econômicos e/ou militares, que leva a uma ideia de cooperação jurídica, mais do que a um reforço das concepções tradicionais de soberania. Por mais que sua ideia persista, ela foi profundamente transformada, em razão de uma série de fatores, tais como: comunidades supranacionais; capitalismo financeiro (empresas transnacionais que não possuem qualquer

Tem-se, pois, que a atuação dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos corresponde, na ordem externa, à função de vinculação e de restrição da soberania que se operou no âmbito interno dos Estados com a consolidação do Estado de Direito, da Constituição e, mais tarde, dos Tribunais Constitucionais encarregados de sua guarda.

Também eles sofrem, por conseguinte, os influxos das causas do processo de judicialização referido no tópico anterior, vinculadas, sobretudo, à proteção dos direitos humanos, que ganhou força, na esfera internacional, com a tendência de criação de Tribunais e de Cortes Internacionais<sup>35</sup>, encarregadas de aplicar e de julgar os casos em que esteja configurada uma violação de tais direitos por parte dos Estados-membros, avançando-se com relação às meras Declarações, desprovidas de caráter constitutivo.

Nesta perspectiva, também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicada às Cortes Internacionais. Um ilustrativo exemplo disso reside na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, invocando os direitos das vítimas do Regime Militar, decidiu, em dezembro de 2010, condenar o Brasil a indenizar as famílias em virtude do sofrimento causado pela falta de investigações efetivas, assim como pela negativa de acesso a essas informações por parte do Estado. Determinou, ainda, que o país deve processar e julgar, penalmente – por meio da justiça ordinária, comum – os responsáveis por tais atos.<sup>36</sup>

O que ocorre é que, assim como há ocorrido em outros países da América Latina (como Chile e Argentina, por exemplo), o Supremo Tribunal Federal havia, poucos meses antes, julgado constitucional a Lei da Anistia, entendendo que ela abarca todos os crimes praticados por ocasião do regime ditatorial (incluídos, aí, os crimes comuns, como homicídio, tortura, seqüestro e estupro), havendo este, inclusive, sido o principal argumento sustentado pela defesa do Brasil por ocasião de seu julgamento internacional.

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o país deveria criar políticas públicas de resgate da verdade e da memória, incluindo, em suas

---

vínculo com os países em que estão localizadas, impondo determinadas atitudes aos Estados, assim como afetando diretamente sua economia); Organizações Não-Governamentais – ONGs (que atuam em setores variados, sendo que seus relatórios podem trazer reconhecimento ou repúdio no nível internacional); novas relações sociais (grupos sociais, como sindicatos e organizações), que passaram a produzir e a impor determinadas decisões; organismos internacionais (que possuem casos de intervenção direta, além de atuações determinadas por alguns Estados dominantes). MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 23 e ss.

<sup>35</sup> São exemplos, aqui, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Internacional de Justiça de Haia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entre outros.

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, juzgado en 24 de noviembre de 2010.

ações, a participação e o acesso das famílias das vítimas<sup>37</sup>, ou seja, impondo ações em campos tradicionalmente reservados à ação política, intervindo, assim, diretamente, em matéria própria da soberania do país.

Neste contexto, a pergunta que se põe é até que ponto a realização dos direitos das vítimas pela Corte pode “invadir” espaços de autodeterminação dos Estados. Quais são, então, os limites de sua atuação? A determinação de que o país deve indenizar as famílias das vítimas parece adequada às competências da Corte no julgamento do caso, porque se trata da apreciação de fatos específicos, que envolvem a violação de determinados direitos humanos e fundamentais por parte do Estado, que, em sua Constituição, reconhece e se submete à jurisdição dos Tribunais Internacionais.<sup>38</sup> Mas pode a Corte determinar ao Estado que implemente determinadas políticas públicas, impondo uma série de ações a diferentes órgãos estatais e em diferentes níveis? Poderia esta atuação ser caracterizada, então, como ativista?

O problema é que “ativismo judicial” é um termo tão aberto quanto as normas de princípio garantidoras de direitos fundamentais contidas nos textos constitucionais; o conceito do que é considerado “ativo” é relativo e variável, pois demanda, sempre, também ele, uma atividade interpretativa que não possui *standards* definidos, que variam no tempo e no espaço.

Ainda que se estabeleçam parâmetros a esta atuação (como, por exemplo, que os Tribunais – Constitucionais e Internacionais, respectivamente – não podem invadir as competências próprias dos demais Poderes ou a soberania dos Estados), também os limites e competências de cada um dos Poderes, assim como a noção de soberania, são conceitos abertos, carentes de interpretação. Além disso, a extensão de até onde podem ir os Tribunais depende e varia de acordo com a própria concepção de interpretação adotada.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> A proposta de criação de uma “Comissão da Verdade” foi aprovada pelo Parlamento brasileiro em setembro de 2011, dando início, assim, depois de mais de vinte anos, ao processo de investigação e de conhecimento dos fatos ocorridos. Apesar da aprovação legislativa, contudo, a referida Comissão somente foi nomeada, pela Presidenta da República, no final de maio de 2012.

<sup>38</sup> A Constituição brasileira de 1988 deixa evidente, em sua redação, em diferentes momentos, a preocupação com a dignidade humana e com a proteção e prevalência dos direitos humanos e sua efetividade, como por exemplo:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

Art. 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos.

Art. 5º, parágrafo 4º: O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

<sup>39</sup> A assim denominada “Nova Hermenêutica”, por exemplo, ao tomar a atividade interpretativa como uma atividade de caráter criativo (*Sinngebung*), reconhece um espaço bem mais amplo de decisão ao magistrado do que a interpretação de cunho exegético, que compreende a interpretação como um mero ato de conhecimento da lei, que possui um conteúdo imanente que apenas necessita ser “descoberto”

Está-se, assim, diante de uma sequência de conceitos abertos, de maneira que a fixação de limites de atuação para os Tribunais demanda, ela mesma, uma ponderação, que permite diferentes respostas, dependendo de algumas variantes (aspectos históricos de conformação de determinada sociedade, o sistema constitucional de competências adotado, o funcionamento das instituições, etc.).

Diante da vagueza dos conceitos trabalhados, uma coisa, contudo, é certa: os Tribunais devem contribuir, e não colocar em risco, a democracia; estes limites, entretanto, não são claros e estão (devem estar) – permanentemente – abertos à discussão e ao debate.

## 5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas de que a figura da jurisdição constitucional adquiriu profunda relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, sendo que sua atuação se afasta, em certa medida, daquela propugnada por Kelsen por ocasião da criação do Tribunal Constitucional, adquirindo novos e desafiantes delineamentos. O mesmo vale para os Tribunais Internacionais, que tem desempenhado (ainda que em momento posterior), no âmbito internacional, o mesmo papel de limitação da soberania e de restrição do poder que se verificou, na esfera interna, por meio da Constituição, no Estado de Direito.

Este protagonismo está vinculado e é resultado, por sua vez, dentre outros aspectos, da supremacia da Constituição e da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, que possuem um caráter marcadamente principiológico, dependente de interpretação e de concretização em face da realidade concreta. Além disso, a preocupação com a força normativa da Constituição faz com que os órgãos encarregados de sua guarda e proteção ganhem destaque, ampliando-se, assim, os seus espaços de atuação. O mesmo se pode dizer com relação às Cortes Internacionais, que ganharam força especialmente a partir do segundo pós-guerra, período em que os direitos humanos adquirem uma nova dimensão.

É dentro deste contexto que surgem as manifestações acerca do “ativismo judicial”, que não pode, contudo, ser confundido com o fenômeno da judicialização, que se opera no âmbito da relação entre Direito e Política, repercutindo, por sua vez, também na relação entre os Poderes.

A pesar de interdependentes, ambos não se confundem, caracterizando-se, a judicialização, antes, como o resultado de um processo que possui múltiplas causas e que conduz a uma ampliação dos espaços de atuação da jurisdição constitucional em termos institucionais, decorrente, entretanto, de fatores em certa medida externos ao

---

(Auslegung) pelo intérprete. Neste contexto, os parâmetros do que seja “ativismo” são, evidentemente, bastante distintos.

Poder Judiciário. Já o ativismo judicial possui uma dimensão e um caráter mais interno, podendo ser classificado, antes, como algo vinculado à postura do julgador ou do Tribunal no cumprimento de suas funções. Não se pode desconsiderar, porém, que, apesar dessa distinção, ambos se relacionam, pois o processo de judicialização, em virtude de suas características, favorece o aparecimento de condutas “ativistas” (ainda que, conforme aduzido no texto, os parâmetros do que seja uma decisão ativista não possam ser fixados de forma objetiva, deixando margem a interpretações). O ativismo pode se fazer presente mesmo em um contexto de competências reduzidas ou de restrição da atuação dos Tribunais; assim, uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente “normal” em outro, uma vez que estes conceitos são, conforme já dissemos, relativos.

Ambos são, contudo, frequentemente tomados como sinônimos, fator que não contribui em nada para uma discussão adequada acerca da matéria. Estes aspectos necessitam, portanto, ser devidamente considerados se se quiser proceder a uma reflexão adequada acerca de um tema tão fluído e complexo como é o dos limites e da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, debate este que não se pode dar em termos generalistas e reducionistas.

Neste sentido, tampouco se podem indicar padrões objetivos para a atuação da jurisdição constitucional e dos Tribunais Internacionais, de maneira que os seus contornos são tão imprecisos e variáveis quanto os conceitos aqui analisados. Esta é, portanto, uma pergunta cuja resposta permanece sempre em aberto, o que não impede, contudo, que a sua resposta seja permanentemente buscada ou, pelo menos, discutida.

## 6. REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los límites de la jurisdicción constitucional**. In: LAPORTA, Francisco (org.). **Constitución: problemas filosóficos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 18, abr./jun 2009. Disponível em: [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Begriff und Probleme des Verfassungsstaates**. In: Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation**. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 1, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik**. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 46, 16. November 1976.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Staat, Verfassung, Demokratie**: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

BROHM, Winfried. **Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?** In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 01, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Apresentação**. In: FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. Traducción de Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

CITTADINO, Gisele Guimarães. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 17-42.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, juzgado en 24 de noviembre de 2010.

DENNINGER, Erhard. **Der gebändigte Leviathan**. Baden-Baden: Nomos, 1990.

ELIA, Leopoldo. **Constitucionalismo cooperativo, racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas**. In: PINA, António López. **División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional**. Madrid: Tecnos, 1987.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

FERRAJOLLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Tübingen: Mohr, 1972.

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

HAAS, Evelyn. **La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 10. ed. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Verfassungslehre als Kulturwissenschaft**. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

HÄBERLE, Peter. **Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)**. In: Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. pp. 59-92.

HALTERN, Ulrich R.. **Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 16. Auflage. Tübingen: Niemeyer, 1986.

ISENSEE, Josef. **Bundesverfassungsgericht – quo vadis?** In: Juristen Zeitung (JZ), 22. November 1996.

KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. In: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatslehrer (VVDStRL), Band 5. Berlin: Walter Gruyter, 1929.

\_\_\_\_\_. **Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Mohr, 1929.

KOCH, Hans-Joachim. **Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen**. In: Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), Heft 11/12, 30. Juni 1986.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. Interpretação conforme à Constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, Tomo 6, pp. 1563-1586.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**. Reflexões acerca dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – uma análise a partir da teoria constitucional alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000. pp. 183-202.

MELLO, Celso de. **Discurso na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal brasileiro**, em 23 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 abr. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PUREZA, José Manuel. **El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?** Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002.

ROBBERS, Gerhard. **Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS). Heft 4. München: C.H. Beck, 1990.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Transformaciones de la Constitución en el siglo XX**. In: Revista de Estudios Políticos, n. 100, abril-junio 1998.

SCHLINK, Bernhard. **Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit**. In: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Band 28. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

SCHWABE, Jürgen. **Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte**. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatsrechtverkehr. München: Goldmann, 1971.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STRECK, Lênio Luiz. **Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a Arguição de Preceito Fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira**. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUSHNET, Mark. The United States of America. In: DICKINSON, Brice. **Judicial activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007. pp. 415-436.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.