UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO "Prof. Jacy de Assis"
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO

NEOCONSTITUCIONALISMO E AS POSSIBILIDADES E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" no programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público

Orientador: Alexandre Walmott Borges

Uberlândia, 2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

F363n Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho, 1978-
Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo [manuscrito] / Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes. - Uberlândia, 2010.
312 f.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Democracia - Teses. 3. Separação de poderes - Teses. 4. Poder judiciário - Teses. I. Borges, Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

Esta dissertação foi julgada adequada à obtenção do grau de Mestre em Direito Público e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado Direito Publico da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia.

Uberlândia, 02 de setembro de 2010.

_____

Professor Dr. Alexandre Walmott Borges
Professor-orientador
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

_____

Professor Dr. Jorge Amaury Maia Nunes
Professor convidado
Universidade de Brasília – UnB

_____

Professor Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo
Professor avaliador
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

_____

Professor Dr. Cícero José Alves Soares Neto
Professor suplente
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

DEDICATÓRIA

À família, sempre.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos *professores* e *colegas* da Universidade Federal de Uberlândia pela carinhosa acolhida em suas terras. E à *família* que está sempre ao nosso lado, mesmo em momentos difíceis como os últimos dias que antecedem a entrega da dissertação.

Ao meu orientador, *Professor Dr. Alexandre Walmott Borges*, por ter aceitado o desafio de me orientar em tão tormentoso tema, pelas ricas colaborações à pesquisa desenvolvida e por me ensinar sua *tranquilidade acadêmica* mesmo com tamanha produção.

Ao *Professor Dr. Jorge Amaury Maia Nunes* (UnB), pelas grandes contribuições de suas explanações (conjugada com sua memória 'de elefante' para a indicação verbal exata das referências: obra e, *pasmem*, página) e leituras indicadas nas aulas na UnB e pela aceitação que muito me honra de se deslocar a Uberlândia para a banca de defesa dessa dissertação.

Ao *Professor Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo*, pela aceitação do convite para a banca examinadora dessa dissertação e pela sempre presente atuação junto aos alunos e à instituição que leciona.

Ao *Professor Dr. Cícero José Alves Soares Neto*, pelas profícuas indicações metodológicas na qualificação prévia do projeto de dissertação.

Ao Secretário-Geral do Programa de Mestrado, *Ms. Antônio Neto Ferreira dos Santos*, pelas ajudas administrativas que encurtaram a distância física entre os Estados (DF e MG).

E, por último, a todos os *bibliotecários* e *servidores* da Biblioteca Jurídica Onofre Gontijo Mendes - PGDF, em especial à *Cristiany Ferreira Borges*, pela busca rápida e eficaz de dezenas de obras e outras dezenas de artigos científicos, sem a qual essa dissertação não se concretizaria.

Nem tudo é verdadeiro; mas em todo lugar e a todo o momento existe uma verdade a ser dita e a ser vista, uma verdade talvez, adormecida, mas que, no entanto está somente à espera de nosso olhar para aparecer, à espera de nossa mão para ser desvelada, a nós, cabe achar a boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ela está presente aqui e em todo lugar.

(FOUCAULT, 1982).

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com a incredulidade, com a indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.

(BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. 61)

ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

EUA – Estados Unidos da América

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental

HC – *Habeas corpus*

MI – Mandado de injunção

MS – Mandado de segurança

RESUMO

A presente dissertação conclui um ciclo de estudos cujo objeto girou em torno do ativismo judicial. Teve início em 2009 com o ingresso do autor no Programa de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia e tem como ápice a defesa desta dissertação. Sob o aspecto metodológico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica ou teórica, com apoio do método dedutivo. Os dois principais argumentos contrários a uma postura mais ativa do Poder Judiciário são a afronta ao *princípio da separação de poderes* (para alguns um dogma) e à *democracia*. Com o objetivo de investigar o primeiro deles, buscaram-se as origens do *poder* e suas emanações mais frequentes na acepção institucionalizada do Estado. Verificou-se que o poder *não se detém, mas se exerce*, por isso tem uma mobilidade intrínseca. Diante dessa premissa, houve o confronto do princípio da separação de poderes no viés das principais teorias clássicas com este mesmo princípio segundo a doutrina contemporânea. O resultado demonstrou sua mobilidade e fluidez conceitual ao longo dos séculos e, sobretudo, que o núcleo essencial de sua expressão depende das configurações de poder no momento social e estatal vivenciados. Então, a divisão de poderes foi estudada na realidade histórico-constitucional brasileira. A conclusão parcial que se extraiu deste ponto foi de que, no Brasil, seja em momentos de normalidade, seja em situações de exceção, não houve uma distribuição do poder estatal linearmente entre os Poderes constituídos. A preponderância do Executivo se destacou, bem como o crescente fortalecimento da independência e da força política do Judiciário. Este, contemporaneamente, é entendido, de fato, como um Poder do Estado. Parte-se então à delimitação conceitual da judicialização, da judicialização da política e do ativismo judicial, bem como à apresentação do que alguns teóricos identificaram como crise constitucional. A partir desse ponto, a análise do neoconstitucionalismo, como referencial teórico, ideológico e metodológico de um novo paradigma de direito, mostra-se essencial ao estudo do objeto proposto. O pós-positivismo jurídico é apresentado como marco filosófico do novo constitucionalismo. Seu estudo é precedido da apresentação do positivismo jurídico com o fim de demonstrar as principais mudanças de perspectivas e alguns de seus excessos. O Estado Constitucional Democrático, a concretização da Constituição e a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento são transpassados. Após a demonstração geral do novo

paradigma, o estudo investiga a posição do Poder Judiciário brasileiro nessa perspectiva, primeiro em um apanhado geral, depois em relação a sua legitimidade. As experiências estrangeiras da Índia, África do Sul, Estados Unidos, Alemanha, Itália e Espanha trazem uma importante contribuição para o estudo do ativismo judicial no Brasil. Depois, adentrando na perspectiva do segundo principal argumento contrário ao ativismo judicial – sua eventual afronta à democracia–, a pesquisa culmina na investigação das possibilidades legítimas de ativismo judicial e na apresentação de alguns limites sobre a atuação ativista.

NEW CONSTITUTIONALISM AND THE POSSIBILITIES AND LIMITS OF JUDICIAL ACTIVISM IN CONTEMPORARY BRAZIL

ABSTRACT

This work completes a study cycle whose object was judicial activism. It began in 2009, with the entry of its author in Masters Degree Program in Public Law supported by "Prof. Jaci de Assis" Law School, of Federal University of Uberlandia. Its apex is the presentation of this study. From the methodological point of view, the research consisted on the analysis of the theoretical literature, based on the deductive method. The two main arguments against a more active behavior of the judiciary are the violation of the principle (to some people, it is a dogma) of the separation of powers and democracy. In order to investigate the first one of them, the research considered the origins of power and its most frequently institutionalized expressions. The study came to the conclusion that power itself cannot be possessed, but exercised, so that it has an intrinsic mobility. Given this premise, the comprehension of that principle was analyzed regarding its evolution since classical theories until contemporary doctrine. The results of the study pointed to its conceptual mobility and fluidity over the centuries, and especially to the fact that the essential core of its expression depends on the settings of power at the moment experienced. Then, the division of powers has been studied considering Brazilian historical and constitutional reality. The partial conclusion extracted from this point was that neither in normality, nor in situations of exception, there was a linear distribution of state power between the established powers in Brazil. The preponderance of the Executive power stood out as well as the growing strength of judiciary, both in its independence and in its political strength. It is important to mention that judiciary is contemporaneously understood, in fact, as a branch of the state. After that, this study stated the conceptual definition of judicialization, judicialization of politics and judicial activism, as well as the presentation of what some theorists have identified as a constitutional crisis. At this point, the analysis of new constitutionalism as a theoretical, ideological and methodological framework for a new paradigm of law emerges as an inevitable element in order to study the proposed object. The post-legal positivism is presented as a philosophical paradigm of the new constitutionalism. Its study is preceded by the presentation of

legal positivism in order to demonstrate the major changes of its perspective and some of its excesses. The Constitutional State, the implementation of the Constitution and human dignity as the central value of the system are mentioned. After the general demonstration of the new paradigm, the study investigates the position of Brazilian Judiciary in this perspective, firstly in an overview, then in relation to their legitimacy. Foreign experiences in India, South Africa, United States, Germany, Italy and Spain bring an important contribution to the study of judicial activism in Brazil. Then, in relation to the second main argument against judicial activism (a possible violation of democracy), the research culminates in the legitimate investigation of the possibilities of judicial activism and the presentation of some limits on this activity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....15

1. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA *SEPARAÇÃO DE PODERES*.....21
1.1. Origem e estruturação do poder estatal.....21
1.2. Separação de poderes: a superação do velho modelo.....37
1.3. Evolução da separação de poderes no Brasil.....63

2. NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....82
2.1. Delimitação conceitual necessária.....82
2.2. Crises constitucionais.....95
2.3. Neoconstitucionalismo e o Poder Judiciário.....102
2.3.1. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico.....110
2.3.1.1. Positivismo jurídico.....110
2.3.1.2. O pós-positivismo jurídico.....118
2.3.1.2.1. Abertura valorativa da Constituição e do sistema jurídico.....123
2.3.1.2.2. Princípios como normas jurídicas.....129
2.3.1.2.3. Distinção entre princípios e regras.....130
2.3.1.2.4. A Constituição como sede de princípios e centro do sistema jurídico.....137
2.3.1.2.5. Ganho de relevância pelo Poder Judiciário: a determinação do conteúdo da norma pelo intérprete.....139
2.3.1.2.6. Excessos do pós-positivismo.....142
2.3.2. Estado Constitucional Democrático.....144
2.3.3. Concretização constitucional: uma questão de eficácia.....149
2.3.4. Dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento.....152
2.3.5. Constitucionalização do direito.....153

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E AS POSSIBILIDADES E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL.....155

3.1. A posição do Poder Judiciário no Brasil contemporâneo.....155
3.2. Legitimidade da atuação do Poder Judiciário no cenário atual.....175
3.3. Experiências estrangeiras de Ativismo judicial.....188
3.3.1. Índia.....191
3.3.2. África do Sul.....197
3.3.3. Estados Unidos da América.....202
3.3.4. Breve análise sobre as experiências européias: Alemanha, Itália e Espanha.....206
3.3.5. Conclusão acerca das experiências estrangeiras.....211
3.4. As possibilidades de ativismo judicial no Brasil contemporâneo.....213
3.4.1. Ativismo judicial e suas emanações.....215
3.4.1.1. Decisões que aplicam regras a partir de um processo subsuntivo.....217
3.4.1.2. Decisões que de alguma forma ponderam princípios em colisão.....220
3.4.1.3. Espécies decisórias no controle de constitucionalidade.....229
3.4.1.4. Decisões em causas políticas.....235
3.4.1.5. Decisões relacionadas às políticas públicas, aos direitos fundamentais prestacionais e às omissões inconstitucionais.....239
3.4.1.6. Súmulas vinculantes.....252
3.4.2. A crise legislativa e os vácuos de poder..... ...255
3.4.3. Críticas ao ativismo judicial na realidade brasileira.....258
3.5. Os limites ao ativismo judicial no Brasil contemporâneo.....264
3.5.1. O próprio direito.....265
3.5.2. Teorias interpretativas e argumentativas.....267
3.5.3. Autocontenção Judicial.....274
3.5.4. Pressão política dos atores sociais: estatais e não estatais.....276
3.5.5. Preservação da livre iniciativa nos desacordos morais razoáveis.....277
3.5.6. Realização do mais amplo debate social.....282
3.5.7. Efetiva da sabatina dos magistrados no Senado Federal.....286
3.5.8. Considerações finais.....289

CONCLUSÃO.....291
REFERÊNCIAS.....297

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado, requisito parcial para a obtenção do título de Mestre pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia, tem por objeto a análise teórica do *ativismo judicial* operado no Brasil contemporaneamente, sob a ótica de sua *legitimidade* dentro da perspectiva do fenômeno do *poder estatal*. Para tanto, as seguintes questões se colocam: *o que é o ativismo judicial*? *O Poder Judiciário brasileiro adere a essa prática*? Em havendo essa aderência, o *ativismo judicial em todas as suas vertentes é legítimo*? Em caso positivo, dois últimos questionamentos se colocam: *existem limites a esta prática*? *Há possibilidade de uma posição eclética entre o ativismo e o textualismo/originalismo, que encontre legitimidade em certas atuações ativistas e em outras não?*

Para a investigação do objeto proposto, a escolha da forma de pesquisa e de seu método mostra-se essencial. Nessa perspectiva, por tratar-se de objeto teórico, a *pesquisa bibliográfica* ou *teórica* foi identificada como uma forma eficaz, visto que permite a investigação da produção científica até então divulgada. Buscou-se identificar os estudos científicos mais relevantes sobre o tema, com o objetivo de realizar um trabalho com amplitude suficiente para sua utilização como revisão bibliográfica a demonstrar a realidade social estudada. O estudo partirá da identificação de referenciais teóricos acerca da problemática na doutrina, tanto nacional quanto alienígena.

Inicialmente, o método a ser aplicado é o *hipotético-dedutivo*[1], ou seja, o trabalho partirá de uma hipótese para se chegar à conclusão que poderá refutar ou corroborar o ponto de partida, do geral para o particular. Esse foi o método científico que permitiu as conclusões parciais e a final.

[1] Em que pese a aplicação do referido método, não é desconhecida a ocorrência de que a utilização hegemônica do método científico hipotético-dedutivo, defendido por Popper, vem sendo questionada por autores como Boaventura de Souza Santos (1988), o qual afirma ter este método simplificado arbitrariamente a realidade. O mesmo autor sustenta que "nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido. O esforço e o desperdício que isso acarreta é simultaneamente causa e efeito do atraso das ciências sociais" (*Idem*). As pesquisas sociais são pesquisas de qualidade, e não de quantidade, não se pode tentar solucionar questões subjetivas pela aplicação do positivismo dogmático apenas, sendo fundamental que a criatividade do pesquisador esteja a todo tempo construindo o caminho metodológico necessário ao alcance dos objetivos da pesquisa (GOMES, 2004, p. 67-80). Não obstante, a opção pelo método dedutivo parece se mostrar adequada à presente investigação.

Não obstante, no tópico 3.3 (*Experiências estrangeiras de ativismo judicial*), houve *apoio* no *método indutivo*[2], com a conclusão sendo retirada de casos específicos que demonstram a realidade estudada, os quais serviram de esteio tão-somente à conclusão deste específico tópico; não se embasou no método comparado, em que se confrontam as realidades externas com a nacional. Os casos concretos analisados ao longo do trabalho ingressarão no estudo somente como *ilustrações* dos argumentos desenvolvidos, sem que, com isso, a pesquisa adote o método de estudo de caso (que se apoia no método indutivo).

Corroborou com a pesquisa o *estudo hermenêutico*, em face da análise dos métodos utilizados para a investigação da *mens legis* e a concreção da norma e o *estudo histórico*, que buscou, com base somente na bibliografia consultada, as origens dos institutos transpassados na análise; ambos de forma acessória sem serem utilizados como métodos investigativos.

Foram utilizadas, sobretudo, duas fontes: *doutrinária*, consubstanciada em exposições teóricas em artigos científicos, livros, capítulos de livros, além textos legíveis em meio eletrônico, e *documental*, caracterizada por textos legais e jurisprudenciais, entrevistas publicadas em jornais impressos ou em meios eletrônicos, além de notícias extraídas de sites oficiais dos órgãos públicos.

Para que as perguntas de número dois (o Poder Judiciário brasileiro adere a essa prática?) e três (o ativismo judicial em todas as suas vertentes é legítimo?) fossem respondidas foi necessária a *escolha prévia* das espécies decisórias a serem investigadas. Para tanto, a seleção das principais formas judiciais de decidir deu-se a partir de uma decisão científico-ideológica, relacionada *às escolhas* empíricas do pesquisador (MINAYO, 2004, *passim*); o que ocorreu no terceiro capítulo. Cumpre esclarecer que, também nesse ponto, não houve opção pelo estudo de casos, mas sim a confrontação das *espécies decisórias* escolhidas com a teoria (doutrina). Logo, os precedentes citados servem apenas para demonstrar exemplificadamente o argumento desenvolvido.

[2] Independente da opção metodológica central pelo método dedutivo, há de se considerar que a utilização de outras metodologias de pesquisa não causam prejuízo à investigação científica, visto que atualmente impera o *pluralismo metodológico*. Nesse sentido, há mais de 20 anos advogava Miguel Reale (2006, p. 84): "a nossa época se caracteriza pelo *pluralismo metodológico*, não só porque indução e dedução se completam, na tarefa científica, como também por se reconhecer que cada setor ou camada do real exige o próprio e adequado instrumento de pesquisa". Boaventura de Souza Santos (1988) também faz a mesma reflexão: "a ciência pós-moderna não segue um estilo unidimensional, facilmente identificável; o seu estilo é uma configuração de estilos construída segundo o critério e a imaginação pessoal do cientista".

O título escolhido demonstra os três principais pilares envolvidos, quais sejam: o **neoconstitucionalismo** como *elemento teórico, ideológico e metodológico* do Direito Constitucional que dará ensejo à discussão sobre a distribuição do *poder estatal*; o **Poder Judiciário** como *órgão prolator* de eventuais decisões ativistas, a suscitar a pesquisa sobre a *separação de poderes*, e o **ativismo judicial** como *forma de agir*, *postura*, *modo de exercício* da função constitucional de julgar, estimulador do estudo acerca da *legitimidade*.

O objetivo geral ou mediato do presente trabalho é identificar como as mudanças estruturais do pensamento constitucional contemporâneo têm influenciado na forma de tomada de decisões jurisdicionais pelo Poder Judiciário nacional. Dizem-se *mudanças estruturais*, em face de o neoconstitucionalismo propor uma alteração dessa monta. O objetivo específico ou imediato, por sua vez, é verificar 1) se a atuação judicial com perfil aditivo é legitima, 2) se devem existir limites ao ativismo judicial e 3), caso existam, quais são os limites para estas decisões se manterem legitimadas.

Nessa toada, como aparentemente a relação entre os *três Poderes do Estado*[3] vem sofrendo uma série de modificações ao longo dos séculos, a pesquisa desse objeto se mostra necessária para comprovar ou refutar esse fato. O princípio da separação de poderes, desde a Revolução Francesa, quando passou a ser aceito como *dogma constitucional,* parece enfrentar movimentos pendulares em momentos históricos diversos de maior proeminência de um Poder sobre os demais. A depender da opção política da Constituição, esse ou aquele Poder pode ser mais valorizado em um dado momento, enquanto, em outro, as conjecturas políticas Constituintes podem fazer opção inversa. Investigação que é realizada no primeiro capítulo.

A Filosofia do Direito traz contribuição significativa para a investigação científica do objeto de estudo na medida em que investiga as matrizes filosóficas do *poder estatal*, das Constituições e do Direito Constitucional. Nesta análise, que tem início no segundo capítulo, o neoconstitucionalismo apresenta-se como uma teoria filosófica do pensamento jurídico contemporâneo, que se opõe ao pensamento liberal moderno. Investigação necessária ao objeto de estudo em face da *dimensão axiológica* nele contida, a embasar a contextualização do problema. Então, o referencial teórico, que acompanhará toda a elaboração do trabalho, é o *pós-*

[3] Em que pese o poder estatal ser *uno* e *indivisível*, o termo *separação de poderes* tomou conta do campo teórico do Direito como a divisão interna do poder uno do Estado. Assim será utilizada a expressão.

positivismo jurídico, base filosófica estrutural do neoconstitucionalismo. Esse será um *pressuposto* marcante da presente dissertação. O principal autor estudado nesse ponto será Robert Alexy (2008a)[4].

A adequação a esse novo modelo de constitucionalismo – que demonstra não somente sua transformação *teórica*, mas também *ideológica* e *metodológica* – que está em plena e intensa alteração, faz com que as relações de poder sofram modificações, sobretudo no que se refere ao Poder Judiciário. A concretização judicial de direitos ante a *omissão inconstitucional* dos Poderes constituídos e a *ampliação valorativa* da aplicação do direito também são situações de pesquisa necessária ao objeto de estudo. Situações que têm levantado uma discussão mundial (Estados Unidos, Alemanha, Itália, Espanha, África do Sul, Índia, Brasil, entre outros) acerca das recentes decisões judiciais com perfil aditivo, de sua legitimidade e do consequente aumento de relevância política e social do Judiciário.

Finda a revisão bibliográfica acerca do marco filosófico do tema, a pesquisa passa, no início do terceiro capítulo, a investigar como o neoconstitucionalismo tem reflexos na atuação do Poder Judiciário. Depois, é realizada uma rápida incursão em como o ativismo judicial é tratado em outros países tanto da família do *common law* quanto do *civil law*, com o objetivo de demonstrar que não só no Brasil são travadas discussões acerca do fenômeno estudado.

Não se tem a pretensão de esgotamento do estudo dos objetos parciais até então postos, pois cada um de seus elementos renderia outra dissertação. O objetivo do estudo do *poder estatal*, do *neoconstitucionalismo*, tanto isoladamente quanto em relação ao Judiciário, e do *ativismo em experiências estrangeiras* é permitir a abertura de caminhos para a compreensão do objeto principal de estudo – **o ativismo judicial no Brasil**. A postura institucional do Poder Judiciário diante dessa realidade jusfilosófica tem mostrado, em primeira verificação, que ele se insere no seio do quadro constitucional delimitado pelas mudanças citadas.

Nos item 3.4 e 3.5 pretende-se responder às questões propostas anteriormente e identificar os *limites e possibilidades do ativismo judicial* no Brasil. Nesse ponto, a pesquisa trava uma verticalização na discussão acerca da legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo

[4] Suas teorias serão, contudo, acompanhadas e cotejadas com as teorias de Ronald Dworkin (2002) e, em determinados momentos, com as de Gustavo Zagrebelsky (2007). Entre os nacionais, serão destacados os escritos de Humberto Ávila (2009), Luís Roberto Barroso (2007, 2009a, 2010), Paulo Bonavides (2009), André Rufino do Vale (2006), entre outros.

Tribunal Federal, sobretudo no que se refere a sua função de Corte Constitucional. Problemática toda que reside em saber se uma postura ativista do órgão jurisdicional pode ser considerada legítima, a partir de uma investigação teórica do tema. Caso se verifique que uma postura ativista do Poder Judiciário encontra parâmetros válidos de *legitimação*, outro ponto precisará ser analisado: quais os *limites* para que essa atuação permaneça compatível com os princípios democrático e republicano.

O problema proposto se insere entre os mais sérios e atuais dentro dos campos da Filosofia do Direito aplicada à decisão judicial, da efetividade dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição; todos, nesse trabalho, observados sob o viés do Direito Constitucional[5]. Temas que estão em ampla discussão social e jurídica.

O ativismo judicial, em que pese ser muito falado, é ainda pouco estudado em profundidade no País. Essa escassez de fontes científicas é perceptível pela simples constatação de que, *pasmem*, há no Brasil somente três livros dedicados exclusivamente ao tema[6]. O primeiro, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, organizado por Vanice Regina Lírio do Valle, foi publicado somente em 2009. O segundo, *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos, com autoria de Elival da Silva Ramos, somente em 2010. E o terceiro, *Estado de Direito e ativismo judicial*, coordenado por José Levi Mello do Amaral Júnior, também em 2010.

Nos EUA, de forma oposta, a produção sobre o tema ultrapassa mais de meio século. Por esse motivo, alguns trabalhos produzidos do outro lado das Américas serão referidos no presente estudo. Sempre com a preocupação de utilizar o conhecimento com o devido cuidado de não importar sem critérios conceitos alienígenas sem sua compatibilização com a realidade nacional.

Para uma pesquisa com objetivos científicos, os dados da realidade não podem ser observados com a dedução de valores pessoais do investigador. Por isso, o pesquisador do presente trabalho teve a pretensão de buscar uma investigação imparcial, apesar de, todavia, haver a impossibilidade de uma postura absolutamente desprovida de valor, *neutra*. Buscou-se,

[5] Essa opção metodológica visa delimitar o campo de estudo para que seja possível o aprofundamento da investigação. Elival da Silva Ramos (2010, p. 21 e 33) também coloca a análise do ativismo judicial sob "a responsabilidade da doutrina constitucional", a qual justifica "a opção pelo tratamento da matéria apenas no âmbito do Direito Constitucional. Tenho para mim que o alargamento da pesquisa, em termos interdisciplinares, não traria resultados dos que hora se espera alcançar".

[6] Além de centenas fecundos artigos científicos. Obras completas, porém, só foram encontradas as três.

portanto, a *imparcialidade* quanto à realidade social estudada, uma vez que a *neutralidade* absoluta é antropologicamente impossível (ZAFFARONI, 1994, p. 107-110).

Há, então, de se ter em mente preceito metodológico simples, já existente na sociologia de Pareto, qual seja, "a exclusão do fator subjetivo [ao menos a tentativa], com a finalidade de observar os fenômenos sociais com a mesma imparcialidade com que se observam os fenômenos naturais" (BOBBIO, 2002, p. 41).

Nas ciências naturais, o distanciamento do pesquisador é mais nítido, enquanto nas ciências sociais, como lembra Inocêncio Mártirez Coelho (2002, p. 90), "são imprecisos os limites entre sujeito e objeto". Não obstante, a separação entre sujeito e objeto é possível de ser buscada e alcançada nos estudos sociais, apesar da observação de que "sem a participação criadora do sujeito restará comprometida ou pelo menos empobrecida a apreensão do objeto" (*Idem*). À pesquisa.

1. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA *SEPARAÇÃO DE PODERES*

A análise da *divisão de poderes* no âmbito estatal, com o estudo específico de sua evolução histórica é necessária à compreensão do objeto de pesquisa proposto. Antes de adentrar nessa investigação, com o objetivo de estabelecer bases de sustentação mais sólidas para os argumentos vindouros, far-se-á mister atravessar a *origem e estruturação do poder estatal* com a apresentação de alguns conceitos que lhe dão sustento, como *poder*, *poder público*, *Poder Constituinte*, *legitimidade*, entre outros.

Depois, restringindo a pesquisa para a delimitação do objeto, será possível adentrar na distribuição do poder estatal (separação de poderes) ocorrida no país em sua história constitucional. Dessa forma, será possível estudar a concreção dos conceitos até então estudados, firmando pilares estruturantes para o próximo capítulo em que se estudará a nova atuação do Poder Judiciário em face de um novo pensamento constitucional.

1.1. Origem e estruturação do poder estatal

Nesse item, serão abordados a origem do poder, seu conceito e suas formas de emanação, até se chegar ao poder político e poder público, sobre o qual se estrutura o Estado. Com isso, pretende-se estabelecer uma base de sustentação à análise, no próximo item, acerca da divisão ou separação do poder uno estatal.

A origem do *poder* é inalcançável. Em tese, desde o surgimento do relacionamento entre dois seres humanos há relação de poder. "Efetivamente é inegável a afirmação de que o poder é conatural ao homem" (MOREIRA NETO, 1992, p. 54). Nessa perspectiva, cabem perfeitamente duas constatações clássicas de Francisco Sá Filho (1959, p. 49-50) de que a "origem do poder é um dos mistérios da história" e de que a "história é uma luta de poderes". Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 33), por sua vez, na frase de abertura de sua obra *Teoria do poder*, ressalta que o "poder tem a antiguidade do homem"; é inerente, pois, à história da sociedade.

Da mesma forma, Miguel Reale (2005, p. 110), em artigo sobre poder e direito, observa que os dois têm origem no início da vida em conjunto de seres humanos. Informa que o poder não é um conceito *empírico secundário*, que resulta da experiência social, mas sim primário, porque condiciona o início de qualquer modalidade de vida em coletividade.

Se a identificação da origem é diluída em tempos remotos, sua conceituação não se mostrará tarefa fácil. Antes de tudo, uma simples busca ao dicionário[7] faz constatar a existência de nada menos que dezoito significados para o verbo *poder*, entre os quais: a) faculdade; b) força, ou energia; c) autorização; d) probabilidade; e) possibilidade; f) dispor de autoridade; g) força física; h) potência; i) domínio ou força; j) capacidade ou aptidão; l) autoridade constituída, governo de um país; m) função de Estado.

Nesse cenário, Roberto Machado, prefaciando a obra *Microfísica do poder* de Michel Foucalt (2007, p. X), observa que não existe uma *teoria geral do poder*, "não existe algo unitário e global chamado poder, mas unicamente formas díspares, heterogêneas em constante transformação". O que demonstra também a dificuldade de encontrar um lugar conceitual comum. Adiante (*Idem*, p. XIV), observa que, nas teorias de Foucault, os poderes "funcionam como uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras".

Da mesma forma, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 2) indica a dificuldade de isolamento do fenômeno do poder, pois ele é "certamente irredutível". E continua:

> É impossível adotar o que há de mais central – e oculto – *em seu processo*. Mas dizer-lhe o núcleo essencial é tarefa que esbarra numa sensação de multiplicidade, individual e socialmente dispersa, que nos assalta a cada passo com uma descoberta adolescente. Por isso, o poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, e se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência, e até na fraqueza e no despreparo. (*Idem*)

Dessas colocações se retira que o poder é um fenômeno multifacetado, que contempla diversas formas de expressão; por isso, não se limitar ao fenômeno institucionalizado. Há formas de poder na família, na sociedade, na relação afetiva entre um casal, na relação de emprego, etc. Além de suas *várias faces*, tem *vários focos de observação*. Nessa medida, Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 20) informa "o caráter multidisciplinar do poder".

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 36), com a peculiar propriedade que aborda temas complexos, destaca a relevância do fenômeno para as diversas ciências sociais, informando

[7] Há dicionários que desdobram o significado em mais de trinta concepções. Para fins de introdução à linha de raciocínio, bastou a citação de um pequeno dicionário: *Miniaurélio* - o minidicionário da língua portuguesa. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

seus sentidos *antropológico*[8], *sociológico*[9], *político*[10] e *jurídico*[11]. Nesse cenário, retomando o prefácio da obra de Foucault (2007, p. X), há de se considerar que o poder, por não ser um "objeto natural, mas uma prática construída historicamente", permite a observação por vários olhares de pesquisa.

Retornando às lições de Moreira Neto (1992, p. 87 e ss.), mais adiante o autor aduz quase cinquenta conceitos de autores diversos para o fenômeno ora estudado. Com apoio em George Bordeau, o autor informa quatro elementos compositores do conceito de poder: *relação*, *vontade*, *capacidade* e *efeitos*.

A primeira característica, da qual todas as outras derivam, é de que o poder é *sempre relacional*. Ou seja, é do processo social que se criam as cadeias de poder. É *projeção de vontade*, pois nasce do desejo do homem; é "a intenção humana em marcha" (*Idem*, p. 99). É uma *capacidade de produzir efeitos*, independente do meio que se cogite, sempre deve estar dotada de capacidade de prevalência sobre o meio físico ou social. É, também, a própria *produção de efeitos*, na medida em que a alteração visada pelo agente deve ser no mínimo iniciada, demonstrando o vínculo causal entre os elementos anteriormente citados e o resultado produzido.

Após delinear essas características substanciais, Diogo de Figueiredo (*Idem*) expõe seu conceito: "poder é uma relação na qual a vontade tem capacidade de produzir os efeitos desejados".

Como dito, muitos são autores que buscam identificar a essência do termo *poder*. Alguns dos quais destacam a questão da *potencialidade* nele intrínseca. Hannah Arent (1981, p. 212), autora que trouxe grande contribuição para o tema, destaca que a própria palavra *poder*,

> como seu equivalente grego, *dynamis*, e o latino, *potentia*, com seus vários derivados modernos, ou o alemão Macht (que vem de *mögen* e *möglich*, e não de *machen*), indicam seu caráter de *potencialidade*. O poder é sempre, como diríamos hoje, um potencial de

[8] O poder "se origina num *diferencial de capacidade*, sempre presente, dada a natural desigualdade entre cada ser humano, que a vontade pode utilizar para produzir efeitos que não ocorreriam espontaneamente. Sua etiologia prende-se, assim, à teoria das necessidades [Malinowski] e se interpenetra na Psicologia, com a teoria das atitudes [Jean Meynaud]".

[9] O poder "é o princípio motor da instituição, o acréscimo energético, o quantum que faz do costume uma instituição, tornando-a impositiva para organizar o meio social segundo uma ideia".

[10] O poder "é um elemento diferenciador que o caracteriza: o fundamento da relação comando-obediência, a energia que move os indivíduos e as instituições; uma vez concentrado, como poder estatal, passa a ser a energia suprema que o Estado retira da sociedade nacional para empregar na consecução de seus fins.".

[11] O poder "é a sua própria energia criadora que contém, em si, a promessa da realização da ideia social que representa".

> poder, não uma entidade imutável, mensurável e confiável como a força. Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam.

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 4) informa que o "simples uso intransitivo do verbo *poder* é que nos induz a pensar em *potência* e suas derivações substantivas". Então, a *potencialidade* está entrelaçada à investigação do termo no viés que se busca. Mas potencialidade de quê? De imposição da vontade a outrem; *potência* de determinação da vontade alheia. É, pois, intrínseco ao poder a imposição de uma conduta a outrem, quer com violência, quer sem. Assim, a *imposição da vontade* é da essência do conceito.

Nesse sentido, Anderson Rosa Vaz (2007, p. 267) conceitua poder como "um mecanismo do qual se dispõe para se obter alguma vantagem ou conseguir algum interesse. É a capacidade de agir, produzindo efeitos, ou evitando que eles se produzam, segundo a vontade própria de quem *pode*". Em essência, o autor destaca a possibilidade de *imposição* de determinada conduta a outrem.

Essa concepção, *contrario sensu*, permite visualizar o caráter de *inevitabilidade* do poder. Se uma das principais características do poder é a imposição da vontade de seu detentor ao seu destinatário, há de se considerar que, para este, não existe possibilidade de evitar a ação imposta, de não responder ao querer de seu detentor[12]. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 38, grifo não original) destaca que poder é o "modo de controle que determina o comportamento do outro pondo-o na *impossibilidade* de agir diretamente".

Violência não se confunde com *poder*. Essa conclusão, que é atualmente difundida na doutrina, teve como referencial os trabalhos de Hannah Arendt (1994) em sua obra *Sobre a violência*; obra que, diga-se de passagem, foi um marco na separação dos dois conceitos.

Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 17), ao distinguir violência de poder, desenvolve uma precisa análise dessa obra de Hannah Arendt que cabe trazer à baila:

> Arendt pretende demonstrar que poder, força e violência têm pertinência com fenômenos distintos e diferentes e, para isso, os define: (a) o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir em concerto, porquanto o poder – diversamente do vigor, que é individual – pertence a um grupo e apenas na medida em que este se mantém

[12] Há, contudo, que se frisar que o fenômeno do poder não afasta a possibilidade de *resistência*. Para o presente estudo, não se faz necessário o aprofundamento sobre como a resistência se relaciona com o poder. Para a verticalização no tema, vide Raffestin Claude. *Pour une geographie Du pouvoir*. Paris: LITEC, 1980 citado por Jorge Amaury Nunes (2010, p. 19); o autor francês dá conta que a *resistência* é elemento inerente ao poder.

> unido; (b) violência possuiria caráter instrumental e, fenomenologicamente, aproximar-se-ia do vigor, porquanto os seus implementos são planejados e usados com o propósito de multiplicar o vigor natural até que, em seu último estágio e desenvolvimento, possam substituí-lo.
>
> (...) A violência, em síntese, sempre pode destruir o poder, mas dela o poder jamais emergirá. 'Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em risco, mas deixada a seu próprio curso, ela conduz à desapropriação do poder. Isso implica ser incorreto pensar o oposto da violência como a não violência; falar de um poder não violento é de fato redundante'.

Há, portanto, erupções de poder sem qualquer utilização de violência[13], a qual poderá estar presente em situações de sua manutenção e proteção. A diferença entre *poder* e *força* "tornar-se-á patente na medida em que situarmos a esta como *diferencial físico*, concorrente para a configuração da capacidade, como elemento do poder" (MOREIRA NETO, 1992, p. 88).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 5) ainda destaca alguma ligação do poder com *governar* e *dominar*. Sem depois destacar que, porém, "há poder sem governo e sem domínio. Como há domínio e governo sem poder". Não há, pois, relação direta entre poder, governo e domínio, mas esses institutos têm momentos de aproximação e coesão.

Michel Foucault (2007, p. 174), por seu turno, demonstra a evolução do pensamento sobre o tema, expondo a superação da teoria clássica do poder, segundo a qual o poder seria algo concreto como um bem ou objeto, por isso apropriável e transferível; poderia, pois, ser contratado (contrato social) e transferido a outrem. O poder na visão atual ganha um caráter inapropriável, visto que não se dá, não se troca e não se aliena, *mas se exerce, por só existir em ação* (*Idem*, p. 174-175). Neste sistema atual, delineado que o poder é fenômeno móvel, é possível constar que se desenvolve e se exerce nas lutas diárias pelo seu exercício. No interior da paz civil ocorrem "as lutas políticas, os confrontos a respeito do poder, com o poder e pelo poder, as modificações das relações de força em um sistema político, tudo isso deve ser interpretado apenas como continuações da guerra (...)" (*Idem*, p. 176). Então, para ele o sistema de poder sai de um binômio contrato-opressão para um esquema guerra-opressão. Mais adiante destaca:

> Poderíamos assim, opor dois grandes sistemas de análise de poder: um seria o antigo sistema dos filósofos do século XVIII, que se articularia em torno do poder como direito originário que se cede, constitutivo da soberania, tendo o contrato como matriz do poder político. (...) O outro sistema, ao contrário, tentaria analisar o poder político não mais segundo o esquema contrato-opressão, mas segundo o esquema guerra-opressão; neste

[13] Em que pese existirem expressões de poder desprovidas de violência, isso não leva à consideração de que *poder* possa ser uma simples *influência*. Conceitos distintos que serão tratados adiante.

> sentido, a repressão não seria mais o que era a opressão com o respeito ao contrato, isto é, um abuso, mas, ao contrário, o simples efeito e a simples continuação de uma relação de dominação. A repressão seria a prática, no interior desta pseudo-paz, de uma relação perpétua de força (FOUCAULT, 2007, p. 177).

Logo, para Foucault (2007, p. 175), poder é uma relação de força que se exerce, não se detém. Cumpre observar, contudo, que existem duas acepções de poder: uma como *aptidão* e outra como *exercício*. A visão do autor francês se refere a esta. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 31), da mesma forma, o poder não é propriamente uma *coisa*; para ele, se aproxima muito mais de uma *relação simbólica*.

Adiante, este autor apresenta sua noção de poder como *meio de comunicação*. Toma como base a concepção de Niklas Luhmann de sociedade, não como conjunto de indivíduos, mas como estrutura comunicacional que permite que os indivíduos entrem em contato uns com os outros. Nessa perspectiva, aduz que há em uma sociedade muitas escolhas que induzem ao aparecimento de muitos *códigos*, "sendo o poder um deles" (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 38).

Delineadas as primeiras linhas sobre o poder, sem a pretensão de esgotar a temática, diga-se, cumpre buscar o conceito de ***poder político***. Para tanto, a definição sociológica de Max Weber, identificada na obra de 1922, *Wistdchaft und Gesellsschaft*, pela pesquisa condensadora de Fernando Henrique Cardoso e Carlos Estevam Martins (1979, p. 16), é aclaradora: "a possibilidade de impor a própria vontade dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência". Poder político, então, é a vontade de impor a vontade ao *grupo social*. Encontra-se realçada na conceituação de Weber a *dominação*[14] como característica do poder político[15].

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 40) acredita que poder político refere-se à "energia que flui da sociedade e a direciona". É, pois, um fenômeno social. Não se trata de um evento estritamente público, mas pertencente aos diversos setores da sociedade, públicos ou privados.

[14] Dominação é a "possibilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas" (CARDOSO e MARTINS, 1979, p. 16).

[15] Em contrapartida a essa visão, Foucault (2007, p. XV-XVI) demonstra que o poder não é só repressivo e coercitivo, mas também se mostra em uma concepção positiva "que pretende dissociar os termos dominação e repressão. O que suas análises querem mostrar é que a dominação capitalista não conseguiria se manter se fosse exclusivamente baseada na repressão (...). O poder possui uma eficácia produtiva, uma riqueza estratégica, uma positividade".

Palhares Moreira Reis (1978, p. 51 e ss) indica que poder político, em essência, busca garantir a organização do corpo social a partir de normas buscadas pelo próprio grupo. O poder é inerente à sociedade em face da tendência humana natural de se organizar, se agrupar. Nesse sentido, Jorge Amaury Nunes (2010, p. 22) ainda destaca que "a doutrina tradicional encarava o poder político como uma forma homogênea que brotava no seio da sociedade, buscando organizá-la".

Há ainda quem considere inserida na noção de poder político a busca do *bem comum*[16], situação com a qual o presente estudo não se aproxima, pois o poder político pode buscar o interesse próprio de seus detentores, com bem se observou no *regime absolutista*.

Bobbio (2004, p. 38), por sua vez, na obra *A era dos direitos*, observa que a teoria *política* distingue na atualidade duas formas de controle social, a *influência* e o *poder*; a primeira seria "o modo de controle que determina a ação do outro incidindo sobre sua escolha", enquanto o poder, "o modo de controle que determina o comportamento do outro pondo-o na impossibilidade de agir diretamente"[17].

Nesse estágio da pesquisa é possível deixar para trás o conceito de poder político para enveredar na investigação de como o poder político se transforma em *poder jurídico* ou *estatal*. Miguel Reale (2003, p. 84) ajuda nessa busca ensinando o conceito de *jurisfação do poder*. Para ele, o poder político, uma vez criado o Estado, passa a ser limitado pela própria criatura: *o direito*.

> Como penso ter demonstrado em *Pluralismo e Liberdade* (1962), há uma dialética essencial entre direito e poder, de tal modo que o poder se subordina ao direito no ato mesmo em que se decide por uma das soluções normativas possíveis, em função dos valores e fatos que condicionam a decisão mesma. É essa correlação dialética que denomino *jurisfação do poder* (*Idem*).

[16] Para a noção do *bem comum* inserida no conceito de poder político ver NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-22. No item 2.2 de sua obra, o professor destaca como defensores desse entendimento Meirelles Teixeira [*Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Márcia Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 202]; Jonh Locke [*Ensayo sobre el gobierno civil*. 3ª ed. Traduação: Armando Lazaro Ros. Buenos Aires: Aguilar, 1963, p. 29] e Machado Paupério [*O conceito polêmico de soberania*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 181, nota 23].

[17] Apoiando-se nas teorias de Felix Oppenheim [*Dimensioni della libertá*, Milão: Feltrinelli, 1964, p. 31 e ss], distingue três formas de influência (a dissuasão, o desencorajamento e o condicionamento) e três formas de poder (a violência física, o impedimento legal e ameaça de sanções graves) (BOBBIO, 2004, p. 38).

O autor ainda destaca que, há um equívoco das teorias que pretendem eliminar o poder do direito, uma vez que nunca há o desaparecimento do poder, mas sua *jurisfação*. Então, à medida que o *direito* é constituído, como forma de expressão do *poder político* que lhe é anterior, ele passa a *limitar* o próprio poder que lhe deu vida. Em outras palavras, o poder político é limitado pelo direito a partir do momento em que o Estado é constituído. Canotilho (2003, p. 93) também enxerga o mesmo fenômeno ao verificar "a 'domesticação do domínio político' pelo direito". Logo, a análise da forma de constituição estatal é necessária ao prosseguimento da pesquisa.

É a Constituição, pelo próprio nome que ostenta, que constitui o Estado; que dá o pontapé inicial ao ordenamento jurídico com sua promulgação ou outorga. O poder político, portanto, é anterior ao direito, é criador do ordenamento jurídico. Nas palavras de Jorge Amaury (2010, p. 24), "o poder político é pré-jurídico".

Então, o ***Poder Constituinte*** é expressão do poder político que rege a sociedade. É o poder que cria o próprio Estado e seu sistema jurídico. Por isso, Paulo Bonavides (2009, p. 146) assevera que é "essencialmente político". Antes da criação estatal, o Poder Constituinte, como consectário do poder político, adormece de forma latente, até o momento de se expressar com a criação de uma nova ordem jurídica. É, pois, criador, novo, originário. Poder Constituinte originário, nos ensinamentos de Paulo Branco (MENDES *et al*., 2007, p. 187), é "a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política". Portanto, é *espécie* do gênero poder político.

A Constituição, como criatura do Poder Constituinte, gera e organiza os poderes (constituídos) do Estado, sendo, por isso, superior a eles. Ela contém o *projeto de vida em comum* da sociedade. Melhor dizendo, ela contém os projetos de poder dos detentores do poder político que resultou no Poder Constituinte. A Constituição comparativamente se assemelharia a uma *fotografia*, que seria batida em um determinado momento do jogo de poder[18].

Esses projetos podem ou não ser compatíveis com os anseios sociais, questão que se liga à ***legitimidade*** e não à *existência* de uma norma fundamental. A Constituição será tanto mais legítima à medida que os projetos de poder nela estabelecidos se aproximem dos projetos de

[18] A comparação não é nossa, mas de Jorge Amaury Maia Nunes da Universidade de Brasília (*informação verbal*).

organização da própria sociedade a ser por ela regida. Poder legítimo pode ser entendido como "aquele instituído pela coletividade que o rege" (BARACHO, 2005, p. 245).

O poder político, fundante do Poder Constituinte, pode ser legítimo ou não, visto que a *legitimidade* (compatibilidade entre o poder e os anseios sociais) não é intrinsecamente partícipe do seu conceito. Cardoso e Martins (1979, p. 16), ao identificarem o conceito sociológico de Max Weber exposto em 1922, observam que, para ele, o poder é possibilidade de impor a própria vontade em uma relação social, "qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade". Logo, poder pode existir sem legitimidade. Pode ser imposto pelo uso da *força*, ou *legitimamente*, com o apoio social. Não é por outra razão que Francisco Sá Filho (1959, p. 52) informa que na "legitimidade haure o poder político a sua força *moral* e *viabilidade*".

Tangenciando a legitimidade, Palhares Moreira Reis (2009, p. 148) destaca que o problema das formas de governo "surge da relação numérica entre governantes e governados, da determinação quantitativa dos detentores do poder aliada à finalidade de ser atingida pelo seu exercício, da dimensão qualitativa da relação política". Existem, portanto, mais governantes que governados, situação que precisa ser verificada para a análise da legitimidade desses governantes. Logo, a legitimidade pode ser verificada tanto no que se refere ao Poder Constituinte (em última análise, o poder político) quanto ao Poder constituído (nesse aspecto, governantes).

Nessa seara, Bobbio (2002, p. 316, grifo não original), nas conclusões da obra *Ensaio sobre ciência política na Itália*, observa que o ponto comum entre as teorias de *Mosca* e *Pareto*, cientistas políticos analisados em toda a obra, é a concordância de que "em qualquer sociedade, existem governantes e governados, e os governantes constituem sempre uma minoria"; tinham com isso, um objetivo: "a confutação da teoria democrática do governo do povo ou da maioria"; assim, "as decisões políticas fundamentais, também em um regime de democracia, são tomadas por um grupo restrito de pessoas, *às escondidas do povo soberano*". A democracia não é, pois, tão democrática assim.

Portanto, o Poder Constituinte originário, segundo a linha de ideias que ora se expõe, pode ser legítimo ou não, mas sempre será expressão do poder político que se retrata em determinado momento histórico. Dessa forma, o *poder se legitima pelo próprio poder*[19].

[19] Expressão também atribuída à Jorge Amaury Maia Nunes (*informação verbal*).

Exemplificando essa constatação, é possível lembrar que, a alguns anos atrás, o Ministro Nelson Jobim, em entrevista do jornal *O Globo*[20], confessou que dois artigos da Constituição Federal de 1988 não passaram pelo crivo de votação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988. Caso verídica a informação, ela mostra que os detentores do poder político realizam seus projetos políticos segundo as conveniências também políticas que os fatores de poder na ocasião determinam.

Nesse momento, há que se lembrar as teorias de *Lassale* e de *Hesse*. O primeiro, dando especial relevância aos *fatores reais de poder*, entende que a Constituição seria um pedaço de papel que poderia até mesmo ser rasgado caso em desconformidade com aqueles. O segundo, partia dos mesmos fatores reais de poder, nomeado por ele *realidade político-social*, mas para afirmar que essa realidade e a Constituição jurídica se relacionam mutuamente. Mas em essência ambos buscavam a verificação de compatibilidade entre a Carta Política e as pretensões sociais.

Não obstante, Konrad Hesse foi mais além. Para ele, a Constituição teria uma *pretensão de eficácia*, segundo a qual "a Constituição procura imprimir ordem e conformidade à realidade política e social" (HESSE, 1991, p. 15). A Constituição jurídica tem força própria na medida em que "logra realizar essa pretensão de eficácia" (*Idem*, p. 16). Contudo, somente a Constituição que se vincule a uma realidade concreta (histórica) pode se desenvolver, uma vez que não possui força para mudar, sozinha, a realidade. Essa força reside na *natureza das coisas*. Toda a Constituição deve encontrar o *germe material de sua força vital* na realidade. Se lhe faltar esse pressuposto – compatibilidade com a realidade – ela não logra concretizar-se. "A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente" (*Idem*, p. 18).

Assim, para que a Constituição se realize, seja na prática aplicada, deverá haver uma conjunção de projetos políticos dos detentores *reais* do poder com os projetos dos detentores *teóricos* do poder (a sociedade ou o povo). Sem essa compatibilização de vontades a Carta tende a não se aplicar, sua eficácia resta comprometida. Independente de sua aplicabilidade, sua

[20] Essa revelação foi publicada no domingo, dia 05 de outubro, pelo jornal *O Globo*, de domingo, exatamente quando a Constituição completou 15 anos. Um dos artigos que não foi votado foi, segundo ele, art. 2º: "São poderes da República, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". O outro seria o art. 166, conforme estudo intitulado *Anatomia de uma Fraude à Constituição* de Adriano Benayon e Pedro Antônio Dourado de Rezende, professores de UnB, cujas conclusões encontram-se disponíveis em <http://www.profpito.com/Apos20anossuposta.html>. Acesso em 05.08.2010.

existência no mundo jurídico é perfeitamente aceita, visto que o poder constituinte a promulgou ou outorgou.

Com essa digressão procurou-se sair da consagrada visão de que *o poder pertence ao povo e por ele é exercido, direta ou indiretamente* e descer às minúcias das conjecturas do poder, demonstrando que as relações de poder são muito mais complexas que a simples dicção *todo o poder emana do povo* (art. 1ª parágrafo único da Constituição Federal). Ultrapassado esse ponto, e fundamentada a criação do Estado, é possível avançar à definição do poder após a constituição com sistema jurídico.

O conceito de ***poder público***[21], então, é aclarado por Benedicuts de Spinoza (1994, p. 36) como o "direito que define o poder do número, e possui absolutamente este poder que, pela vontade geral, cuida de coisa pública, isto é, em a tarefa de estabelecer, interpretar e revogar leis, defender cidades, decidir da guerra e da paz etc". Intrínseca nesse conceito a relação com a *coisa pública*, ou seja, com as questões de Estado. Por isso, para o presente estudo a expressão *poder estatal* será utilizada como sinônima.

Estado, para Francisco Sá Filho (1959, p. 49), "é o poder organizado para dirigir, politicamente, a nação, visando o bem comum". O *poder público* é intrínseco ao Estado; nele está contido, mas com ele não se confunde. Estado e poder público são coisas distintas; este é o fenômeno do poder institucionalizado na pessoa jurídica de direito público, enquanto aquele é a própria 'pessoa' que o dirige. Nesse mesmo sentido, o mesmo autor destaca que "o poder ocupa uma posição de destaque e, na doutrina tradicional, configura a medula espinhal do Estado" (SÁ FILHO, 1959, p. 51).

A essência do poder público é sua *institucionalização*. Envolve, portanto, a imposição da vontade à sociedade por uma *instituição* pública. A Constituição, uma vez promulgada ou outorgada transfere, *ipso iuri*, o poder para o Estado recém criado. O fenômeno poder é então reduzido ao ente público (ao menos assim pretende a visão jurídica). Sua expressão, nesse momento, tem regras a serem seguidas. Seu exercício é realizado por meio dos governantes.

Como dito, a *legitimidade* não é intrínseca ao poder; nem tampouco ao poder público – constituído, inerente ao Estado. As ditaduras são fenômenos do poder estatal pelo uso da *força*,

[21] A referência é grafada em letras minúsculas, uma vez que Poder Público – com iniciais maiúsculas – se confunde com o próprio Estado. Pretende-se demonstrar que são coisas distintas quando grafada daquela forma.

enquanto as democracias se perpetuam pela legitimação. O Estado "encontra na legitimidade, a sua autoridade moral, e na força, a sua autoridade material. Essas autoridades se exercem através do governo" (SÁ FILHO, 1959, p. 52).

O *governo* é, pois, a expressão do poder político dentro do poder estatal. Diogo de Figueiredo (1992, p. 40) ainda ressalta que, "como o poder é elemento efetivo da ordem, sua ausência implica na *anarquia*, palavra que nos chegou diretamente do grego com o sentido de ausência de governo".

Dentro dessa seara pública do poder, as regras matrizes são delimitadas pelo próprio sistema político que instituiu o Estado. Ou seja, é o Poder Constituinte que, ao delimitar as regras matrizes de obtenção, manutenção e perda do poder estatal determina qual a forma aceita para seu jogo. Assim, cria normas de filiação partidária, perda de mandato, elegibilidade, idade mínima, etc. Por isso, o poder político exercido por meio dos governantes se submete às regras por ele mesmo determinadas quando da confecção da Carta. "As regras de direito delimitam formalmente o poder", é essa a visão de Foucault (2007, p. 179) sobre esse ponto.

O *poder político* não se confunde com o *poder público*. São conceitos diversos, pois o primeiro pode existir dentro ou fora de uma relação pública. Não há sinonímia também entre *poder* e *Estado*, como observa Roberto Machado (FOUCAULT, 2007, p. XI); existem "formas de exercício de poder diferentes do Estado, a ele articuladas de maneiras variadas e que são indispensáveis inclusive a sua sustentação e atuação eficaz". Portanto, não deve haver confusão entre ambos os conceitos. Como dito, há poder *estatal* e poder *extraestatal*.

Para Jorge Amaury Nunes (2010, p. 25), "a *jurisfação do poder* juridiciza grande parcela do poder político, mas não todo o poder político". Tércio Sampaio (2009, p. 30), chega a mesma conclusão: o direito não consegue *capturar inteiramente* o fenômeno do poder. Existe, portanto, um poder latente que não pode ser contido pela estrutura estatal; é o ***poder extrajurídico*** ou ***extraestatal***.

Palhares Moreira Reis (2009, p. 148, grifos não originais) ensina que não se pode dissociar a *política* das demais realizações humanas, salvo por um processo de abstração; "a forma de tomada e o processo do exercício do poder não têm condições de ser estudados de um simples ponto de vista, apenas pelo prisma da *relação jurídica*". Permanece então um substrato de poder que não se jurisfaz.

Em que pese o ordenamento jurídico tente reduzir todas as formas de expressão do poder ao direito, essa pretensão é impossível, visto que há um poder restante que não se subordina à norma jurídica. Nessa medida, Tércio Sampaio Júnior (2009, p. 30-31) ao analisar as erupções de força dentro do direito, em momentos de crise como no estado de necessidade e no estado de sítio, informa na mesma medida que o direito limita o poder; nessas situações excepcionais

> acaba se escondendo perante o direito aquilo que o direito quer fazer parar e que se chama *poder*. Como se o poder conhecido pelo direito fosse o tempo todo um *poder domesticado*, sempre regulado. (...) Ou seja, numa relação entre direito e poder, realmente o poder é um núcleo ainda, mas que não consegue ser totalmente captado pelo direito. (...) o modo usual pelo qual o direito lida com o poder é o modo de jurisfação total. (...) Mas quando lida com noções como aquelas [de crise do ordenamento], percebe-se que há um resto irredutível. E esse resto que não se reduz é o que, afinal, se procura, quando se fala da relação entre direito e poder.

O poder extraestatal também se mostra sob várias frentes, uns tendentes a influenciar as conjecturas das redes de poder estatais e outros, alheios a essa pretensão, buscam fins outros não estatais. Ao presente estudo, importa o primeiro, cuja expressão mais comum reduz-se aos chamados ***grupos de pressão*** (*pressoure groups*). Esses grupos defendem interesses próprios, que se mostram cada vez mais distantes do centro ou do consenso em uma sociedade pluralista, visto que cada setor quer influir nas decisões políticas ao seu favor. A sociedade organizada (ONGs) e inorganizada (metalúrgicos, banqueiros, sem-terra, etc.) buscam a um só tempo interagir com as redes formais de poder (estatal) para levar as decisões políticas para si. Defendem, em regra, interesses corporativos não homogêneos. Sobre o tema cumpre tomar de empréstimo as palavras de Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 23-31):

> A sociedade inorganizada, como acentua Jean Dabin, termina por impor sua lei ao Estado. O mesmo pode ser dito, com muito mais razão, em relação aos chamados *pressoure goups*, que, organizadamente, procuram influir, e influem, na construção do ordenamento jurídico. Nesse sentido, cabe recordar o magistério de Alf Ross, para quem 'o poder não é uma coisa que se posta *por trás* do direito, mas sim alguma coisa que funciona por meio do direito'.
> (...) Dizendo de outra forma, segundo pensamos, o exercício do poder político multifacetado, fragmentário, segue duas vertentes: uma institucional, em que o poder é exercido e assegurado por órgãos criados e reconhecidos pelo Estatuto Político do Estado, a Constituição; e outra, extrainstitucional, em que o poder é exercido sobre esses órgãos, por meio de entes, personalizados ou não, formadores de opinião, ou seja, capazes de influir sobre o ânimo da coletividade.

Nesse contexto, recorda Roberto Machado (FOUCAULT, 2007, p. XI), que Foucault trabalha com a aceitação de *redes de poderes*, que não se limita à esfera estatal; os sistemas de

poderes são gênero do qual o aparelho do Estado é espécie, outros sistemas o ultrapassam e complementam. Assim, as redes de poder não-institucionalizadas se entrelaçam ao poder institucionalizado para determinar a direção do caminhar estatal.

Por último, é preciso tratar do termo ***soberania***, que também se mostra como uma das formas de expressão do poder político. É possível delimitar o conceito com duas proposições: primeiro, *soberania não se confunde com poder estatal*, nesse sentido: "poder estatal e a soberania são duas questões bem distintas" (BARACHO, p. 336), soberania é anterior à criação do Estado e o seu fundamento; segundo, *soberania é uma espécie do gênero poder político*, em uma visão que teve início na ciência política e adentrou na ciência jurídica.

Não obstante, José Alfredo de Oliveira Baracho (2005, p. 340), em interessante artigo sobre as perspectivas da soberania, alerta que mesmo *Leon Duguit* já mostrava "as dificuldades de se compreender o termo soberania, devido à utilização de palavras no mesmo sentido, como soberania, poder público, poder do Estado, autoridade política (...)". Há, inclusive, uma escola jurídica que contesta a própria existência da soberania, como ressalva José Baracho linhas antes (*Idem*, p. 336-337).

A teoria jurídica, acrescenta Tércio Ferraz Júnior (2009, p. 15), "entende por poder soberano o poder acima do qual não existe, em determinado grupo social, nenhum poder superior que, como tal, detém o monopólio da força". Essa é uma perspectiva jurídica da soberania que encontra noções outras como da sociologia e da ciência política.

Visitando novamente as teorias de Foucault (2007, p. 181) algumas linhas precisam ser escritas; primeiro, informa que

> afirmar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais implica, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder para, em seu lugar, fazer aparecer duas coisas: por um lado, os direitos legítimos da soberania e, por outro, a obrigação legal de obediência.

Mais adiante, na pg. 187, Foucault esclarece que a teoria jurídico-política da soberania desempenhou quatro papéis: a) referiu-se a um mecanismo de poder efetivo, o do rei; b) serviu de instrumento e justificativa para a construção de grandes monarquias administrativas; c) foi uma arma nas guerras religiosas (católicos x protestantes), funcionando tanto de um lado quanto de outro como "grande instrumento de luta política e teórica em relação aos sistemas de poder dos

séculos XVI e XVII" e, por último, d) serviu como base de construção de um modelo alternativo contra o absolutismo, dando sustentação à Revolução Francesa.

Dessa forma é possível concluir que as teorias da soberania foram utilizadas tanto para a sustentação da dominação dos súditos pelo rei quanto para legitimar sua destituição do poder. Dois lados opostos da mesma moeda. Com a modificação do foco para a segunda hipótese, elementos novos foram agregados, surgindo uma nova expressão da soberania.

Uma das grandes invenções da burguesia foi a formulação de um novo tipo de soberania que não mais se apoiava em terras e seus produtos, mas sim no trabalho, com um tipo de poder exercido continuamente através da vigilância e não descontinuamente por meio de sistemas de taxas e obrigações. Não se trata de um poder soberano nos moldes até agora expostos, mas de um poder disciplinar que embasou o sistema de códigos do século XIX. Dessa forma, coexistem "um direito de soberania e um mecanismo de disciplina: é dentro desses limites que se dá o exercício do poder" (p. 189).

Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 10-14), com uma visão inovadora desse fenômeno, propôs uma nova forma de observá-lo. Após delimitar o conceito moderno de soberania como "entendida originariamente como situação eficiente de uma força material empenhada em construir e garantir sua supremacia e unicidade na esfera pública" (*Idem*, p. 10), passa a explanar algumas noções que permitiram a mudança de definição conceitual do termo:

> *El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el 'todo' para pasar a ser simplemente una 'parte' de sistemas políticos más comprensivos, con lo que ineviteblemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad. (...) Frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción.*
> *(...) La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas o sociales, etc., de las que la 'persona' estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara.* (*Idem*, p. 10-11).

Dentro dessa noção, informa que hoje a antiga concepção não mais pode ser reconhecida, pois, desde o final do século passado, forças corrosivas permearam-na. Entre elas estão: o *pluralismo político e social*, que se opõem à ideia de soberania e sujeição; a formação de *centros de poder alternativos e concorrentes* com o Estado; a progressiva *institucionalização*, promovida muitas vezes pelo Estado, *de "contextos*" que integram seu próprio poder com

dimensões supraestatais, como nas comunidades de países; e a atribuição de direitos aos indivíduos que podem se fazer valer de uma *jurisdição internacional* frente ao próprio estado que pertencem. Isso tudo demonstra uma nova realidade que chamou de *soberania da Constituição*.

Assim, o conceito de soberania como era posto foi progressivamente sendo corroído por essa nova realidade. Hoje o seu significado deve ser construído; as características constitucionais passam a não derivar de um só centro de ordenação. Nas sociedades pluralistas, a Constituição não se propõe a estabelecer diretamente "um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de sua própria possibilidade" (*Idem*, p. 13). Considerando que, nesse aspecto pluralista, não se espera que o resultado seja sempre o mesmo, a *soberania da Constituição* permite vislumbrar um *novo centro de emanação de força concreta* que assegure a unidade estatal. Para se dar conta dessa transformação,

> *ya no puede pensarse em la Constituición como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberania del Estado em que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La 'política constitucional' mediante la cual se persigue esse centro no es ejecución de la Constituición, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hecerse efectiva.* (*Idem*, p. 14).

Tércio Ferraz Júnior (2009, p. 30), por seu turno, observa que, "na noção de soberania, aquilo que aparece diante do direito como poder é sempre alguma relação domesticada ou, mais propriamente, racionalizada pelo direito". Conclui-se, pois, que a soberania é também um poder *constituído* pelo poder político, porém um poder fundante do próprio Estado. Seria, portanto, um poder anterior ao poder estatal, mas que busca suas raízes no poder político, cujo conceito é muito mais amplo até mesmo que o de soberania. Com isso, admite-se que a soberania passa a ter ares pluralistas, com a participação de diversos atores sociais imbricados no sistema formal de poder soberano. O conceito de soberania, portanto, está em reconstrução.

Soberania, analisada sob o viés jurídico, revela uma noção ligada ao direito e às questões de Estado, como poder fundante destes, como poder original, ilimitado, "por vezes, absoluto" (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 8), mas no aspecto de constituição do poder estatal; sendo que *poder político*, por sua vez, como concepção advinda da ciência política que passou a permear o direito, vai muito mais além, suas entranhas penetram nas relações das famílias aos partidos políticos, das empresas às organizações governamentais, em verdadeiras redes de poder

projetadas sobre toda a sociedade, sobejando o aspecto público ou estatal para, além de alcançá-lo, adentrar no jogo de poder privado.

Em linha de arremate, no presente item, foi possível identificar que poder político é gênero, do qual são espécies o Poder Constituinte, o poder público ou estatal e, em certa medida, a soberania, visto que o primeiro é o poder latente que permeia toda a sociedade, sendo no aspecto público sendo no âmbito privado.

Balizadas essas primeiras linhas, é possível prosseguir à divisão do *poder* do Estado.

1.2. Separação de poderes: a superação do velho modelo

A separação tradicional de poderes está em crise profunda... (SWEET, 2000, p. 130).

Antes de adentrar na repartição do poder, é preciso informar uma imprecisão técnica, qual seja, o termo *separação de poderes*. Em verdade, o poder estatal não se divide; é uno, indivisível; "não havendo, pois, que se falar em quebra de unidade do poder do Estado" (RAMOS, 2010, p. 115). Como expressado acima, em sua execução, o poder se exerce, não se detém, não se aliena, não se parte ou reparte. Por isso, a expressão correta seria separação *do poder* (uno) do Estado. Trata-se de uma separação orgânica do poder estatal em três órgãos distintos: Legislativos, Executivo e Judiciário. Todavia, em face do uso difundido da expressão *separação de poderes*[22], ela será utilizada nesse estudo, mas com o sentido ora exposto. Adiante.

Nas sociedades ocidentais, "a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real (...); o direito é encomendado pelo rei" (FOUCAULT, 2007, p. 180). Para tanto, no século XII, houve uma ressurreição do Direito Romano para instrumentalizar o poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista. A partir de então, começam a surgir teóricos que questionavam a centralidade do poder nas mãos do rei.

Nesse cenário, teóricos do século XVIII definem poder "como direito originário que se cede, se aliena para construir a soberania e que tem como instrumento privilegiado o contrato; teorias que, em nome do sistema jurídico, criticarão o arbítrio real, os excessos, os abusos de poder" (*Idem*, p. XV).

[22] Pelos mesmos fundamentos as expressões *separação de poderes*, *divisão de poderes* e *tripartição de poderes* serão grafadas com o vocábulo poder em minúsculo. Quando a referência for a Poder de Estado, referente a algum dos Poderes constituídos – Executivo, Legislativo ou Judiciário, a palavra poder será iniciada em maiúscula.

O pensamento comum, à época, passa a ser encontrar limites ao exercício do poder institucionalizado que se encontrava sob o controle do monarca. Nessa toada, nos dizeres de Foucault (FOUCAULT, 2007, p. 181), a teoria do direito tem "essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder; isto é, o problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania".

As teorias da soberania atravessam três momentos distintos: a *soberania divina*, a *soberania absolutista*, até chegar à *soberania popular* (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 8-14). No cenário de passagem da soberania absolutista para a popular, é possível verificar, já em Hobbes, uma responsabilidade do soberano para com seus súditos, na medida em que era responsável por sua segurança e vida cômoda. Era o surgimento das teorias contratualistas legitimadoras da soberania.

Essas teorias tiveram grande aceitação entre os séculos XVI e XVIII, as quais serviram, em um primeiro momento para legitimar o poder absolutista para, depois, fundamentar a soberania popular. O primeiro teórico do contratualismo foi *Thomas Hobbes*. Em 1651, na obra *Leviatã* pregou que, no estado da natureza, havia uma liberdade plena que gerava a guerra pelos recursos. O contrato social tinha o escopo de proteger a vida e preservar os bens dos indivíduos. As sociedades nascem, então, de um desejo de acabar com esse estado de guerra; daí o contrato social. Utilizou sua teoria para legitimar o poder absoluto do rei que assegurasse a paz interna e a defesa dos súditos.

O próximo, foi *John Locke*. Em 1690, no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, pregou, da mesma forma que Hobbes, que o homem vivia em um estado de natureza, transformado em um estado civil por meio do contrato social embasado na confiança e no consentimento. Os homens se reuniriam em sociedade para preservar a vida, a liberdade e a propriedade; o fundamento da existência do Estado seria a preservação desses direitos, sobretudo o último. Uma vez estabelecido o contrato social, o poder deveria ser dividido entre executivo e legislativo, com predomínio deste. Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et al.*, 2007, p. 173) expõe que Locke já previa instituições com "o legislador razoável, o juiz imparcial e o poder executivo, garantidor, na prática, das decisões tomadas". Para Locke, havia o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo da comunidade civil; este teria a competência para fazer a

guerra e celebrar a paz, tratar das relações internacionais e das transações com todas as pessoas e todas as comunidades que não pertencem à comunidade civil.

Jean-Jacques Rousseau, em 1762, escreveu *O Contrato Social*, com viés contrário ao absolutismo reinante. Para ele, os homens são bons e nascem livres, mas aceitam limites à liberdade natural em troca da liberdade civil e de propriedade; eles não renunciam aos seus direitos naturais, há apenas sua limitação. O Estado surge para a preservação desses direitos; o soberano não pode descumprir o contrato social. Ele desconfia dos governos e, por isso, propõe que sejam limitados. As leis são, para ele, uma produção do povo, em que pese frisar que o povo não sabia criar as leis.

Ronaldo Poletti (2009, p. XLIII) resume as teorias contratualistas da seguinte forma:

> Os contratualistas formularam uma ideia de que os homens viviam em um estado de natureza, submetidos a determinadas leis naturais e que, por motivos variados, imaginados pelos contratualistas, resolveram realizar um pacto social, a partir do qual se formulariam novas leis, com reservas destinadas a preservar direitos anteriores à formação da organização pactuada, cuja finalidade seria a de resolver ou atenuar os problemas pré-contratuais.

Essas linhas gerais da passagem da soberania absolutista para a soberania popular demonstram um crescente na busca por uma *limitação ao poder estatal*. Limitação esta que teve como o mais famoso defensor *Montesquieu*[23], que em 1748, na obra *O Espírito das Leis*, deu bases modernas à célebre tripartição de poderes, com o objetivo de limitar a atuação dos detentores do poder estatal. Em importante passagem dessa obra (2002, p. 164-165) afirma que "a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas o poder contenha o poder".

Com esses argumentos, lançou base de sustentação para a limitação do poder estatal em "três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil" (MONTESQUIEU, 2002, p. 165). Mais adiante, nomeou o primeiro executivo, de *poder executivo do Estado*, e o segundo, de *poder de julgar*. Logo, nas ideias originárias de

[23] Importante consignar que Montesquieu não era contratualista e sua visão sobre a divisão de poderes se aproxima da *teoria das constituições mistas* de Aristóteles. Nesse sentido, Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 102, nota 2).

Montesquieu, o poder de julgar estava contido no poder executivo, mas com funções distintas entre ambos.

É de bom alvitre ainda transcrever mais um aclarador ponto de sua obra:

> Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.
>
> Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.
>
> Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas particulares (*Idem*, p. 166).

Dessa forma, Montesquieu divulga e refina as ideias iniciadas por Locke, com um acréscimo principal, de que *os poderes são equilibrados*. Para ele, haveria um equilíbrio entre o *poder legislativo*, o *poder executivo do Estado* e o *poder de julgar*, para que "o poder contenha o poder" (*Idem*, p. 165). Aí se encontra a origem do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Cada poder deveria, com a parcela de poder que lhe foi atribuída, limitar ou frear os demais com objetivo de perpetrar o equilíbrio de forças.

Importante que se diga que Montesquieu *nunca* preconizou uma separação absoluta entre poderes: por um lado, reconhecia-se ao Executivo o direito de veto; por outro, o Legislativo exercia vigilância sobre o Executivo, votando leis e podendo exigir explicações dos Ministros; finalmente, o Legislativo interferia na ação julgadora quando se tratava de "julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta" (CANOTILHO, 2003, p. 115)[24]. Logo, ele conhecia a fiscalização e o balanceamento entre os poderes, uma vez que era admirador do constitucionalismo inglês, de onde se origina esse sistema. Não é por outro motivo que "uma das *expressões mais famosas* de Montesquieu é: o poder limita o poder!" (NUNES, 2010, p. 103).

O trecho seguinte da obra original demonstra parte do sistema de fiscalização mútua e equilíbrio entre os Poderes:

> O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez,

[24] No mesmo sentido, Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 102-103).

> será também paralisado pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo (MONTESQUIEU, 2002, p. 173).

Para o autor francês, a divisão de poderes, antes de ser uma situação jurídica, tratava-se de uma decisão política. A mesma conclusão chega José Filomeno de Moraes Filho (2003, p. 165) ao identificar que "para Montesquieu, mais que um problema de cunho eminentemente jurídico, se sobressaía o verdadeiro problema político de como combinar as três potências – rei, nobreza e burguesia – que ocupavam o espaço social em mutação no seu tempo".

Posteriormente, não nas palavras do próprio Montesquieu, mas de autores que o sucederam, o pensamento original evolui para a separação do poder uno do Estado em três *órgãos* distintos: Legislativo, Executivo e Judiciário.

É importante frisar que as origens da partição do poder do Estado são mais remotas do que se imagina. Montesquieu foi o autor moderno que sistematizou essas teorias com pitadas próprias, porém não foi o primeiro a discorrer sobre o tema[25].

Ives Gandra da Silva Martins (1990, p. 187) observa que Jonh Locke e a própria Inglaterra ajudaram no aprofundamento temático de Montesquieu nesse grande ponto: a tripartição equilibrada do poder. Em matéria de direito

> pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo –, Rousseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar (*Idem*).

Após as primeiras pinceladas sobre a separação de poderes, cumpre caminhar com a evolução histórica até o momento atual. Os primeiros marcos teóricos para o Constitucionalismo moderno estavam, pois, balizados. Todavia, os governos absolutistas, que reinaram no meio e fim da Idade Média, se expandiam pela Europa e o desrespeito à população crescia na mesma medida.

[25] A separação ou classificação das funções estatais foi esboçada inicialmente por Aristóteles, ainda antes de Cristo, no texto intitulado *Política* (MORAES, 2009, p. 407). Para aprofundamento no tema, ver PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

O Antigo Regime foi resultado da imposição de uma ideologia de respeito ao poder soberano do Rei e à Igreja, cujo principal concentrador de poder se situava no valor das terras. Ocorre que a burguesia em formação começava a acumular riquezas com o comércio, mas não conseguia se aproximar do poder, mesmo com o acréscimo patrimonial, pois o prestígio era *de berço*. Os nobres, por sua vez, passaram a ser sustentados com o trabalho da burguesia.

Nesse cenário de insatisfação, destaca-se a pontual participação de Abade Sieyés na confecção e divulgação do panfleto *O que é o Terceiro Estado?*, o qual exortava a população francesa não integrante do alto e baixo clero ou da nobreza a tomar do poder. Como destacou Aurélio Wander Bastos, responsável pela introdução da tradução para o português (SIEYÈS, 1997, p. 27), o texto de Sieyès "não antecede à revolução, nem ao menos lhe sucede: sua dinâmica é a dinâmica da própria Revolução".

O pensamento de Sieyés representou um questionamento sobre a posição jurídico-política do *Terceiro Estado* (burguesia, artesãos, trabalhadores rurais, etc[26]) na França pré-revolucionária. "O que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. Que seria ele sem as ordens de privilégio? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros" (SIEYÉS, 1997, p. 55). Com frases de efeito como essas, o Abade foi um dos principais teóricos e políticos da Revolução Francesa.

A estrutura de sua obra é deveras instigadora. De início, ele afirma que três perguntas devem ser respondidas e ele mesmo as responde: 1) *O que é o Terceiro Estado? Tudo*; 2) *O que tem sido até hoje o Terceiro Estado? Nada* e 3) *O que pede o Terceiro Estado? Chegar a ser algo*. Essas perguntas são também o traçado principal da obra. Em cada um dos capítulos ele desenvolve fortes argumentos a incentivar a população à revolução.

Com a divulgação de suas palavras e o apoio da burguesia em ascensão, a população se rebela, dando asas à Revolução Francesa. Então, na Europa, essa revolução assume o papel de superar todo regime político e social do Absolutismo. Com base nas idéias liberais (liberdade, igualdade e fraternidade), a revolução se estruturou e concretizou as teorias constitucionais modernas.

[26] Segundo Sieyès, *Terceiro Estado* é conjunto de cidadãos que pertencem à ordem comum, excetuados todos os que detenham algum privilégio (clero, nobreza, etc). É, então, "a nação menos a nobreza e o clero", menos os privilegiados (SIEYÈS, 1997, p. 29). O *Primeiro Estado* era formado pelo alto e baixo clero e o *Segundo* pela nobreza.

As constituições modernas se estabelecem nesse cenário de tomada de poder pelo povo francês. Assim, surge a Constituição da França de 1791 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A soberania absolutista dá lugar à soberania do povo.

O Estado Moderno surge de duas vertentes distintas do poder. "Uma é a visão jurídica, com base na noção de império. A outra, é a visão econômica, com base na ideia da gestão da coisa pública" (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 11). A primeira se liga à noção de bem estar da população, mas em uma estrutura circular em que o objetivo do poder é o bem comum, enquanto este é resultado do cumprimento das leis estabelecidas pelo Parlamento (expressão máxima do povo no poder). A segunda, refere-se à *arte de governar* com viés mercantilista que surge como uma primeira tentativa de "economia pública". Tratava-se, como lembra Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Idem*, p. 12) "da compatibilização da sociedade (burguesia), de um lado, com a política, de outro, seguindo-se à problematização do poder político como algo que deveria ser controlado para que a vida se realizasse e se aperfeiçoasse". Adiante conclui:

> A soberania entra aí com aquela roupagem nova. Não como relação direita de poder entre o soberano e o súdito, ligada a um mecanismo de apossamento da terra (princípio da territorialidade), mas como relação mais abstrata, sobre o corpo e a atividade laboral do homem, uma força de poder contínuo que exige delegação, organização e sistema, e se exerce sobre os cidadãos como todo compacto.

O princípio da soberania popular ultrapassa qualquer previsão e ganha ares radicais. Passa a ser um norte filosófico que provoca a supervalorização da *vontade popular*, notadamente expressada pelo Legislativo. Não pode passar despercebido que, na verdade, é a burguesia que toma o poder após a queda da Bastilha. Nesse sentido, Poletti (2009, p. XLVII-XLVIII) assevera que a

> filosofia burguesa e capitalista vai forjar o Estado de direito. A limitação jurídica do Estado, com o fim do absolutismo, cria um direito a partir das concepções da burguesia. (...) A revolução francesa foi, em um momento, um ensaio do povo, mas, na verdade, a classe emergente burguesa impôs as suas regras, em provável aliança com os seus poderosos do antigo regime, como sempre acontece nas revoluções. Vai prevalecer a ideia do Estado Nacional, onde a representação política será feita pelos burgueses proprietários.

Sobre o inchaço do Legislativo e da soberania popular, Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et al*., 2007, p. 176) destaca que o "povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical

da soberania popular ganha espaço". Situação perfeitamente explicável para o momento vivido. O povo, absolutamente subjugado pelo poder, incentivado por Sieyès e patrocinado pela burguesia ascendente, quando *toma o poder* (em teoria, como frisado), é de se esperar que sua participação no poder público seja valorizada, justamente com o objetivo, além de construir uma sociedade melhor, impedir o retorno *ao status quo ante*.

Nessa medida, a Constituição de 1791, "embora abrigasse norma decretando que não haveria Constituição sem separação de Poderes, construiu um sistema fundado na supremacia do Legislativo" (MENDES *et al*., 2007, p. 177). O mesmo ocorreu com a Constituição de 1795. Somando a isso, os novos detentores do poder tinham a percepção que deveriam fortalecer-se diante do monarca. Acrescente-se também que a lei ganha características quase místicas, por ser a expressão da vontade popular. Da soma desses fatores, advém o enorme prestígio do Parlamento e sua *supremacia* em relação aos demais Poderes.

Na Europa, em face desse contexto, foi enfatizado "o princípio da supremacia da lei e do parlamento, o que terminou por deixar ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante" (*Idem*, p. 171). O que debilita a supremacia incontrastável da Constituição, cuja atribuição de um valor jurídico de menor tomo perduraria na Europa por longo período. Daí surgem, bem mais adiante, as produções teóricas de Lassale, Schmitt, Kelsen e Hesse, respectivamente em relação a concepções sociológica, política, jurídica e normativa. Todas discutindo e debatendo o papel da Constituição no ordenamento jurídico.

Do outro lado do atlântico o movimento constitucional teve ares bem diferentes. Ainda no século XVIII, ao contrário do que ocorria na Europa, nos Estados Unidos não havia grandes preocupações com o Poder Executivo. A insatisfação era com o Legislativo, ressaltado por leis britânicas provocadoras de insatisfação dos colonos, em especial no que tange a tributação. O novo Estado deveria prevalecer sobre a força hostil do Parlamento britânico que se associara à parte dos colonos. O movimento constitucional americano é resultado, portanto, da insurgência dos colonos contra a legislatura tirânica.

Surgem, então, as Constituições da Virgínia de 1776 e dos Estados Unidos da América de 1787. A separação de poderes foi mais equilibrada que a Carta francesa. Além disso, desde o início do século XIX, a recém criada República americana reconhecia o valor normativo da

Constituição "como documento máximo da ordem jurídica" (MENDES *et al*., 2007, p. 180). O que favoreceu a admissão de um controle de legitimidade constitucional das leis pelos juízes.

Contudo, o *judicial review* não teve previsão expressa na nova Carta. Um acalorado debate ao redor dessa competência envolveu grandes lutas de poder entre os Poderes constituídos[27], em um cenário de risco às instituições democráticas. O então Presidente Thomas Jefferson, recusou-se a promover a efetivação de Marbury ao cargo de juiz federal, cuja nomeação houvera ocorrido no último dia do governo anterior. Jefferson, protagonista das disputas políticas entre o Judiciário nomeado pelo governo anterior e o recém empossado chefe do Executivo, ainda promoveu a aprovação de legislação que determinava que os juízes da Suprema Corte voltassem a viajar pelo país para julgar as apelações em casos federais, o que gerou inclusive a indignação do *Justice* Samuel Chase, por isso processado por *impeachment*.

Ao final, em 1803, no caso Marbury *vs.* Madison, a Suprema Corte dos Estados Unidos, consignou seu *poder de declarar a inconstitucionalidade de leis* do Congresso Nacional, além da superioridade da sua interpretação da Constituição, com preponderância sobre os demais Poderes. Ficou consignado que a autoridade do Judiciário nessa interpretação era superior a do Legislativo e do Executivo. Noutro foco, também consagrou a superioridade das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico.

Esse caso emblemático lembrado por muitos, foi na realidade uma *disputa política por poder* em uma recém criada República, como uma "proclamação de força do Judiciário", conforme anotou Paulo Gustavo Branco (MENDES *et al*., 2007, p. 184). Caracterizou-se como o primeiro *embate político* entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo – poderes constituídos. Foi a primeira insurgência dialética entre Poderes nos EUA[28].

Ambos os movimentos constitucionais modernos demonstram o surgimento do Estado de Direito, cujo primado encontra-se na racionalização do âmbito estatal e na limitação do poder do Estado. Os Estados modernos surgem, então, concomitantemente com as novas Constituições. Para Canotilho (2003, p. 52), as recém criadas Constituições – Constituições modernas – consubstanciaram uma "ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um

[27] Na obra de Gilmar Mendes e outros (2007, p. 180-186), há exposição dos principais acontecimentos *políticos* que circundaram o caso Marbury *vs.* Madison.

[28] As palavras são de Jorge Amaury Maia Nunes, proferidas em aula da pós-graduação *stricto sensu* da UnB, em 13.04.2010 (*informação verbal*).

documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político". São instrumentos de validade geral e abstrata conformadores da vida social, resultantes de um movimento político embasado no racionalismo iluminista, cujo ponto marcante em comum era a "organização do estado e [a] limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais" (MORAES, 2009, p. 1).

A prática adotada no fim do século XVIII e início do século XIX, destaca Alexandre Walmott Borges (2009, p. 40), foi de "concentrar a Constituição em texto único, de caráter solene, com processualística definida de produção, escrito e sistematizado, com ascendência hierárquica sobre outras fontes".

Outra característica do movimento constitucionalista é que ele se estabelece com base no primado da separação de poderes. Princípio este que teve tamanha repercussão que se tornou, a partir da Revolução Francesa, um *dogma constitucional*[29], a ponto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelecer que *não haveria constituição se não houvesse separação de poderes*. Regina Quaresma e Maria Lúcia Oliveira (2009, p. 885) verificam que esse princípio "apresenta-se como corolário do próprio constitucionalismo".

Porém, a separação do *poder estatal* entre três órgãos distintos não é, nem nunca foi, equilibrada em graus matemáticos. Há interferências e limitações estabelecidas tanto no ordenamento jurídico quanto na *práxis política* a cada um dos Poderes. O equilíbrio é buscado – e muitas vezes alcançado – a partir de um sistema de freios e contrapesos (checks and balances), o qual impõe a verificação de que, entre os Poderes, "há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos" (SILVA, 2010, pg. 111).

Nessa seara, afirmam Canotilho e Vital Moreira (1991b, p. 71) que esse tipo de sistema "requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de *lealdade constitucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã)"; adiante completam: "os titulares de órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a

[29] Nesse sentido, Canotilho (1993, p. 260), José Afonso da Silva (2010, pg. 109), Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 94 e 99), entre muitos outros. Canotilho (2003, p. 554), em obra mais recente, informa que o princípio da separação de poderes se tornou uma das 'grandes constantes' (Kägi) do Estado Constitucional tendo se transformado na *ratio essendi* da Constituição.

práticas de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira".

A Constituição francesa de 1791, contudo, "embora abrigasse norma decretando que não haveria Constituição sem separação de Poderes, construiu um sistema fundado na supremacia do Legislativo" (MENDES *et al*., 2007, p. 177). O princípio da separação de poderes surge não como uma separação equânime de forças, mas sim com um maior prestígio do Parlamento, "com sua efetiva supremacia sobre os demais poderes" (*Idem*). A lei passa a ter uma característica quase mística por ser fruto da vontade popular, corolária da soberania popular. Nos Estados Unidos, ao contrário, o povo – detentor do poder – precisava se proteger do Legislativo autoritário. Os movimentos eram diferentes, mas a essência era a mesma: limitar o excesso de um poder inflado que desrespeitava os direitos da maioria popular.

Note-se que a própria origem do dogma, desde logo, mostrou diferenças gritantes na formulação dos parâmetros de distribuição de *poder* aos Poderes constituídos. Na França pós-revolucionária, o Legislativo – e sua criação maior, a lei – teve preponderância sobre os demais, enquanto nos EUA, o equilíbrio foi mais acentuado, porém com certa primazia do Executivo – como corre até os dias atuais, diga-se. Portanto, *a tripartição, nem mesmo em sua origem, teve uma fórmula pré-determinada*.

Até mesmo a noção de Montesquieu é questionada em face dessa constatação. José Filomeno de Moraes Filho (2003, p. 165), faz uma reflexão no sentido ter havido, inclusive, "uma certa malícia" na intenção de Montesquieu na formulação da tripartição de poderes moderna. Segundo ele, se sobressaía, mais que um problema de cunho jurídico, "o verdadeiro problema político de como combinar as três potências – rei, nobreza e burguesia – que ocupavam o espaço social em mutação em seu tempo" (*Idem*). Continua o autor:

> Kelsen (1987) também se atentou para a questão, sugerindo que, na realidade, 'o dogma da separação de poderes, já considerado por Montesquieu', não é tanto o de abrir o caminho para a democracia, mas, pelo contrário, o de fazer com que o monarca conserve, já parcialmente desautorizado pelo movimento democrático, a possibilidade de exercer ainda um poder na área de execução (MORAES FILHO, 2003, 165-166).

Além disso, as coisas mudam, a sociedade evolui, o mundo gira e dá voltas. A sociedade, o direito e as circunstâncias que movem as redes de poder têm concepções, valores e princípios que são historicamente construídos, alterados e até mesmo desconstruídos, sobretudo

com o avançar secular. É nessa perspectiva que o princípio da separação de poderes deve ser atualmente estudado. O aprisionamento de seu conceito e vicissitudes à concepção clássica proposta por seu mais famoso divulgador não mostra compatibilidade com o evoluir do pensamento jurídico. Nesse sentido, Inocêncio Coelho (2002, p. 99) destaca que "cumpre repensar a separação dos poderes sem perspectiva temporalmente adequada, porque sua sobrevivência, enquanto princípio, dependerá da sua adequação, enquanto prática, às exigências da *sociedade aberta* dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição"[30].

Bobbio (2004, p. 32), referindo-se aos direitos humanos, destacou: "sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação". Da mesma forma, os princípios jurídicos são constructos históricos que refletem as lembranças das realidades passadas combinadas com os acontecimentos atuais. O caráter da historicidade explica "que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo" (BRANCO, 2002, p. 121).

As Constituições são sucedidas por outras e, com isso, a sociedade vai alterando seu modo de ver o direito. A própria norma estabelecida em uma Constituição pode ser modificada com o tempo, mesmo sem qualquer alteração em seu texto. A alteração do sentido do enunciado com a conservação intacta de sua roupagem verbal configura *mutação constitucional*, a qual decorre, segundo Miguel Reale (1982, p. 563-564), do impacto de novas valorações na sociedade, da superveniência de fatos ou da intercorrência de outras normas.

A tripartição de poderes, insculpida no movimento constitucional de diversos países do mundo, sofreu, com certeza, a influência desses fatores ao longo das gerações. Além disso, novas Constituições vieram, outras teorias constitucionais surgiram, tudo a permitir uma nova interpretação do dogma em tela. Também, se em tempo relativamente curto[31], comparado ao

[30] No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 340) e o próprio Inocêncio Mártires em outra obra: "Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação de poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam" (MENDES *et al*., 2007, p. 146).

[31] O Supremo Tribunal Federal está julgando desde 2007 a Reclamação Constitucional nº 4335, justamente com o objeto de identificar se houve mutação constitucional em um espaço de tempo de pouco mais de vinte anos em

período de centenas de anos, é possível verificar a *mutação constitucional* em face das mudanças dos valores sociais, que dirá o tempo de existência e evolução do princípio ora estudado.

Isso sem levar em conta que as mudanças sociais e culturais nos últimos dois séculos foram gigantescas. A evolução tecnológica foi enorme; não havia energia elétrica, nem nuclear, o homem não conseguia voar, os veículos não eram automotores, não havia computado; quiçá as modificações nos meios de comunicação como telefone, televisão, fibras óticas, internet, e-mails, twiter, etc. Na área médica: penicilina, implante de órgãos, inseminação artificial, clonagem, etc. Que dirá em relação ao respeito às minorias; mulheres tendo direitos (?), até mesmo de votar (?), liberdade sexual (?), anticoncepcional (?), negros livres (?), ocupando altos cargos (?), um Presidente negro da maior nação do mundo (?). E as formas de guerrear, essas também evoluiram (involuíram): primeira guerra mundial, logo após, a segunda, guerra fria, fim da guerra fria, barbudos contra americanos. E na economia: mercantilismo, capitalismo, socialismo, socialismo capitalista (China)...

É possível escrever várias páginas, livros, teses a respeito das mudanças em todas as searas que o mundo passou nos dois séculos e meio que separam as teorias de Montesquieu e os dias atuais. Pensar na separação de poderes levando-se em conta somente as clássicas teorias não condiz com o evoluir da ciência jurídica. Da mesma forma, se se pensar na leitura que se fazia desse princípio, há bem pouco tempo, no período entre guerras, no auge do positivismo jurídico, também é possível a identificação de mudança nos valores nele insculpidos[32], sobretudo em face do *direito fundamental à efetivação da Constituição*, conforme prelecionado por Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 285 e ss.).

Antes de demonstrar a percepção da tripartição de poderes na contemporaneidade, um rápido retorno à teoria clássica se faz necessário para demonstrar antecipadamente algumas mudanças. Montesquieu, no quarto capítulo do Livro XI do Espírito das leis, colocava o poder de julgar em posição de menor influência. Com suas palavras, informava que "o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas exercido (...) em certas épocas do ano (...) para formar um tribunal que apenas dure o tempo necessário. (...) [Por isso,] os tribunais não devem

---

relação ao art. 52, X da Constituição Federal. O julgamento está parado aguardando voto vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

[32] O positivismo e o pós-positivismo serão analisados no capítulo seguinte.

ser fixos" (MONTESQUIEU, 2002, p. 167). Nessa passagem, é possível compreender que ele via a necessidade de uma atuação temporária desse Poder. Situação que é absolutamente inconcebível nos dias atuais.

Outra constatação que vem não só de Montesquieu, mas também da forma com que os Poderes se estabeleceram na Constituição francesa de 1991, é de que o princípio da separação de poderes "atuava para constranger o poder de julgar a uma posição de menor influência", (MENDES *et al*., p. 179). Realidade que vem sofrendo alterações ao longo do tempo. O papel do Judiciário em diversas partes do mundo[33] tem ganhado relevância, sobretudo, em face da judicialização de questões socialmente relevantes.

Outra passagem parece também não condizer com a realidade atual. No mesmo capítulo quatro do Livro XI, Montesquieu (2002, p. 172) descreve que "os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor". Miguel Reale (2006, p. 291), em suas clássicas *Lições preliminares do direito*, já pregava, de forma oposta, que em tempos atuais

> o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto, *representa um trabalho construtivo de natureza axiológica* (...). Não pode absolutamente ser contestado o caráter *criador* da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam.

Então, no estágio atual de percepção da norma jurídica, da hermenêutica jurídica e das diversas teorias da argumentação jurídica, não é concebível entender a aplicação do direito como atividade *inanimada*. O juiz não é mais somente a boca da lei, mas é quem fornece o real valor da norma em concreto. A interpretação é, pois, *criadora*, visto que o intérprete coloca inevitavelmente um pouco de si – de seus amores, paixões, medos, raivas, etc. – no processo hermenêutico, além de precisar, no momento de sua aplicação/interpretação, o verdadeiro conteúdo da norma. A "interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito" (COELHO, 2002, p. 97).

[33] No item 3.3, será apresentado estudo específico sobre a realização de direitos em alguns países da *common law* e *civil law* estrangeiras, demonstrando, com isso, a observação ora posta.

Konrad Hesse[34] (*apud* HABERMAS, 2003, p. 303-304) tem a mesma posição de que a interpretação da norma exige um caráter criativo: certamente, "as decisões da jurisdição constitucional contém um momento de configuração criativa. Porém toda a interpretação revela um caráter criativo". André Rufino do Vale (2009, p. 3), de maneira idêntica, também visualiza "um caráter inevitavelmente criativo" da aplicação da norma. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello também já se posicionou sobre o tema, em voto proferido na ADI 2552, julgada em 12.02.2009, nos seguintes termos: "a interpretação é, acima de tudo, um ato de vontade, ocorre segundo a formação técnica e humanista daquele que a implementa".

A esse aspecto se juntam questões não menos importantes como a pré-compreensão da norma e do direito no momento de sua aplicação. Nessa linha, Habermas (2003, p. 247) aduz que a "interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado das coisas (...)". Inocêncio Mártires Coelho (*Idem*, p. 18), advoga a mesma tese quanto observa que há um conjunto de fatores que "dirigem e modelam a nossa compreensão inicial sobre a matéria (...) que, de alguma forma, já foram vivenciados por nós e precisamente por isso guiarão os nossos passos na caminhada da reflexão". Adiante completa: "toda compreensão se dá a partir da *pré-compreensão* do intérprete" (*Idem*, p. 97). Miguel Reale (2006, p. 1), da mesma forma, na página inicial das clássicas *Lições preliminares*, ensina que um "grande pensador contemporâneo, Martin Heidegger, afirma com razão que toda pergunta já envolve, de certa forma, uma intuição do perguntado".

Não se busca, nesse tópico, o aprofundamento das teorias hermenêuticas e jurídico-argumentativas, mas tão-somente a demonstração de que o juiz *participa* do processo de aplicação da norma com um viés *criativo* em relação ao texto posto. Ou seja, não é mais *a boca* da lei, mas sim *a mente* que interpreta, com as idiossincrasias que lhe são inerentes, o texto da lei, *criando* norma jurídica concreta, na medida em que "toda norma só vigora, efetivamente, na interpretação concretizadora que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito" (COELHO, 2002, p. 97).

Com isso, preliminarmente foi possível demonstrar que a visão clássica da separação não mais se aplica. O que leva à conclusão fundamental de que "o velho princípio rejuvenesceu

[34] Não se trata de uma obra conhecida de Hesse. A fonte é redigida em alemão, por isso a dificuldade de encontrar o original.

por obra de intérpretes e aplicadores de um direito constitucional da liberdade" (BONAVIDES, 2009, p. 558). É tempo, então, de analisar os moldes de seu atual significado. Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 338-339) preleciona que

> não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções. (...) A separação absoluta entre Poderes não é só impossível (...), mas também indesejada, de tal modo que longe de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes (...).

Elival da Silva Ramos (2010, p. 113), recentemente empossado no cargo de professor titular da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, cuja tese que lhe fez lograr êxito no concurso foi contrária ao ativismo judicial, leciona que distribuição de funções entre os três órgãos deve ser feita de modo a se obter uma "relativa especialização funcional"; assim, "cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou especializado". Da mesma forma, Meirelles Teixeira (1991, p. 582) advoga a ideia de que a participação de um Poder na função típica de outro, de forma subsidiária, completa a noção de separação de poderes, "de modo a coordenar o mecanismo do poder".

Um dado já se mostra, qual seja, de que a tripartição na atualidade é decorrente de um entrelaçamento entre *funções típicas* e *atípicas*, que de algum modo se coordenam, compartilhando ou co-participando, de forma *subsidiária*, das demais funções. É preciso, então, verificar como essa cooperação se opera.

Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 338-339) esclarece que, para o integral desempenho de suas funções típicas, há casos em que um Poder necessita "valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder. (...) Assim, de forma subsidiária, cada Poder pode exercer função que originariamente pertence aos demais". Essa execução por um Poder de função típica de outro não destroi ou infirma a divisão de poderes, mas é ínsita à divisão de poderes com viés relativo como adotado na atualidade. Em que pese as Constituições sempre indicarem os Poderes constituídos, nem sempre elas indicam todas as suas competências e, mais raramente, ocupam da caracterização do objeto das atividades exercidas (RAMOS, 2010, p. 115). É aí que se encontra a cooperação entre os Poderes com a finalidade de bem executar a Constituição, seja em

nas funções típicas, seja nas atípicas. O equilíbrio ideal, contudo, não está na teoria constitucional, mas sim na *praxis* dos Poderes constituídos.

Dessa forma, convivem harmoniosamente as atuações *típicas* e *atípicas* realizadas pelos Poderes constituídos. Uma das atuações atípicas refere-se à função legislativa exercida pelo Executivo e pelo Judiciário, conforme nota Inocêncio Coelho:

> Nesse contexto de *modernização*, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada pelo Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas *com força de lei* – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade. (MENDES *et al*., 2007, p. 146).

A atuação do Judiciário como *legislador negativo* – declarando uma norma incompatível com a Constituição – não suscita na teoria constitucional contemporânea maiores digressões sobre sua legitimidade contramajoritária. Lado outro, uma atuação ativa do Judiciário em face da *omissão inconstitucional* de outros Poderes também constituídos apresenta sérias e longas discussões. É neste ponto que é possível informar que, *em alguma medida*, a formulação atual da divisão dos poderes, exatamente como apresentada, estabelece novos parâmetros para uma postura mais ativa deste Poder em face das citadas omissões. Parâmetros que serão analisados adiante.

O postulado da separação deve ser compatibilizado como outros princípios constitucionais, permitindo com isso que a Constituição se apresente como um todo unitário – *princípio da unidade*. O primeiro argumento legitimador de uma mudança de atuação da Corte Constitucional se extrai do *princípio da máxima efetividade da Constituição*, o qual, nas palavras de Canotilho (1996, p. 227), pode ser formulado da seguinte maneira:

> a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

O segundo argumento é de que não há direito constitucionalmente determinado ao Poder Legislativo de perpetuação de uma inconstitucionalidade omissiva. É bem verdade que existe a *liberdade de conformação* do legislador, a qual informa que é o órgão legislativo que detém a

discricionariedade de escolha de *qual* e *em que medida* será efetivado um direito constitucionalmente determinado dentre o catálogo existente. O principal ponto de investigação nessa seara será a busca de critérios distintivos entre a liberdade legislativa constitucionalmente posta e a omissão inconstitucional que permite um avançar da Corte Constitucional no campo da criação do direito.

Nesse ponto, é possível discordar de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 346) quando afirma que "*não existe liberdade de não normatização* por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado". A liberdade de conformação é exatamente esse direito de escolha do momento oportuno da normatização. Cabe ao Legislativo, informar, mister nos direitos sociais, em que medida em com qual forma os direitos serão concretizados. Na afirmação do constitucionalista, todo e qualquer direito fundamental de caráter social ou não precisa ser de pronto normatizado e efetivado.

O presente estudo entende que a supressão irrestrita da *liberdade de conformação* do Legislativo deferindo ao Judiciário toda força e discricionariedade para a escolha de qual direito (e até mesmo todos eles) efetivar fere o princípio da separação de poderes. Todavia, como exposto, alguma medida para a verificação do liame entre a *liberdade do legislador* e a *omissão inconstitucional* precisa ser buscada para melhor delinear a solução da problemática. Discussão que será verticalizada no item 2.3.

Cumpre frisar, ainda, que a separação de poderes, no Brasil, é *cláusula pétrea*, conforme consta estabelecido no art. 60 § 4º da Constituição Federal[35], e como tal não pode ter seu núcleo essencial esvaziado pela práxis dos Poderes. Em outros países, como nos EUA (artigos 1º a 3º da Constituição dos Estados Unidos da América), é também um princípio constitucional basilar. O que não modifica todo o exposto anteriormente, pois não se está buscando a extinção ou o esvaziamento do postulado da separação, mas tão-somente sua adequação teórica à realidade social investigada.

Noutro giro, é possível identificar que a atual interpretação deste princípio constitucional no ocidente decorre também de uma *luta por poder* entre os Poderes constituídos. Revisitando o

[35] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes;

caso *Marbury vs. Madison*, é necessário lembrar que esse precedente histórico da legitimação do controle de constitucionalidade no mundo decorreu, como dito, da *disputa política* entre os recém instituídos Poderes, com a subjacente "proclamação de força do Judiciário", (MENDES *et al*., 2007, p. 184). Ou seja, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, influenciam o *poder político* para pender a balança do equilíbrio mais para o seu lado[36]. Já dizia Hesse (1991, p. 9): "questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas".

O poder influencia o poder. Tanto em períodos pré-constitucionais (Poder Constituinte) quanto nos pós-constitucionais (poder público) há disputas de poder em *embates políticos* capazes de determinar qual é o exato enquadramento da divisão de poderes. Para Canotilho (2003, p. 115), a partir de uma verificação do modo como se estruturam os Poderes em cada Constituição é possível "concluir-se em qual deles recaiu o benefício da divisão".

Lembrando a história brasileira, a Emenda Constitucional nº 32/2001, responsável pela limitação ao uso das medidas provisórias *com força de lei*, mostra-se como um bom exemplo de como a *pressão* da opinião pública e do Poder Legislativo, questionando o uso desenfreado de tais instrumentos legislativos excepcionais pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, pôde modificar essa minúcia do princípio em tela. Com isso, demonstra-se como as *redes de poder estatal* se interrelacionam e moldam a divisão de poderes em um determinado momento histórico de cada sociedade.

Não por outra razão que a forma que se estabelece esse postulado em cada ordenamento jurídico tem suas vicissitudes. Por isso, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 340) ensina que se trata de um *princípio constitucional concreto*, em face de se amoldar a cada sociedade e regime constitucional[37]. Todos eles conservarão, contudo, o seu núcleo intacto, qual seja, o *equilíbrio político* e a *limitação do poder*, com vistas a proteger a *liberdade*. Mas a forma com que este núcleo é perpetrado depende da realidade histórica e cultural de cada sociedade.

[36] No próximo tópico, será analisado em que momentos e de que maneira houve preponderância política de algum Poder sobre os demais na história constitucional brasileira, permitindo a comprovação dessa afirmação.

[37] No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 556-557) assevera que o princípio da separação de poderes não é um esquema constitucional rígido, por isso não há de se considerá-lo como um dogma de valor intertemporal, mas como princípio histórico. Luís Roberto Barroso (2000, p. 166) também advoga na mesma linha.

Esse *embate político* entre os Poderes constituídos é saudável e constitui uma forma natural de adaptação do direito aos anseios sociais. A título de exemplo, é possível observar períodos extremamente ativistas e outros, ao contrário, bastante retraídos da Suprema Corte dos EUA. É dizer: a Suprema Corte, nessas oscilações, refletia a postura que sociedade esperava fosse tomada frente às situações que surgiam[38]. *O poder reflete o poder.* Luis Roberto Barroso (2007, p. 4), sobre o tema, aduz que uma Constituição não é só técnica; "tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços".

Já dizia Francisco Sá Filho (1959, p. 52) que a "organização do poder deve conter garantias contra seu abuso e deturpações". Garantias estas que podem ser internas ou externas. As primeiras estão inseridas no ordenamento jurídico – *cooperação entre os Poderes* e *sistema de freios e contrapesos* –, enquanto as segundas situam-se fora do sistema jurídico, atuam dentro da *política*, dentro do *poder político*, capaz de modificar até mesmo a Constituição por força do Poder Constituinte derivado reformador. Todas refletem na garantia de liberdade do cidadão, um dos objetivos basilares do Estado. Por isso, e diante da consolidação do Estado de Direito há "razão suficiente para aposentadoria dessa velha camisa-de-força" (COELHO, 2002, p. 08).

O Supremo Tribunal Federal também tem essa mesma posição de que o princípio da separação de poderes no Brasil deve ser investigado segundo a realidade nacional. Nesse sentido já se pronunciou expressamente no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 98, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence[39].

A busca pelo *núcleo essencial* do princípio não é tarefa fácil. Diante do exposto até o momento, é possível tentar identificá-lo como *a divisão harmônica do poder uno do Estado em órgãos distintos – Legislativo, Executivo e Judiciário – que atuam em coordenação, cuja atividade típica é permeada, no âmbito interno de cada um desses órgãos, por atividades atípicas; sendo que a disposição das atividades típicas e atípicas dos Poderes é tarefa*

[38] No item 3.3, há tópico específico que investiga o ativismo em realidades estrangeiras.

[39] EMENTA: I. Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. (...) (ADI 98, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/1997, DJ 31-10-1997 PP-55539 EMENT VOL-01889-01 PP-00022).

inovadora, (re)construída pelo Poder Constituinte em cada momento histórico e realidade social.

Nesse momento, é possível enfrentar argumento proferido por Elival da Silva Ramos (2010, p. 116)[40] de que a função típica de um Poder "admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas *sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente*" (grifos não originais). O presente estudo só se permite concordar com a afirmação destacada no aspecto *dogmático*, uma vez que *teoricamente* – fora de um ambiente constitucional estabelecido – não se mostra viável a identificação de um núcleo essencial *da função*. Isso porque o núcleo da função não é previa e teoricamente conhecido, mas é dado pelo próprio sistema constitucional.

Concorda-se, pois, que é possível identificar um núcleo essencial *do princípio* da separação de poderes, o qual se refere ao não esvaziamento da separação de poderes a ponto de permitir a concentração de poderes em um ou dois órgãos. Todavia, não é possível dizer *teoricamente*[41] qual é o núcleo essencial *da função*. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 559) o núcleo essencial do princípio estaria na "proibição do 'monismo de poder', como o que resultaria, por ex., da concentração de 'plenos poderes' no Presidente da República (...). Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função".

Não há, pois, um núcleo pré-estabelecido *de competências* ou *funções* que somente podem ser realizadas por determinado Poder (órgão), porquanto é a Constituição que determina quais são as atividades atípicas que são autorizadas. Ou seja, a real configuração do princípio somente é construída pelo Poder Constituinte. Não existe uma disposição universal para o princípio capaz de informar quais as atividades atípicas são vedadas e quais não o são.

[40] O autor tem posicionamento contrário ao ativismo judicial.

[41] *Dogmaticamente*, contudo, é possível determinar qual é o núcleo essencial do princípio da separação de poderes desde que se esteja *diante de um dado sistema constitucional posto*. Assim, em face do princípio posto em determinado modo é admissível dizer qual é o núcleo essencial da função que não pode ser ultrapassado por outros Poderes. Destarte, a jurisprudência constitucional portuguesa já se deparou com a questão, concluindo pela violação do referido princípio "sempre que um órgão de soberania se atribua, fora dos casos em que a Constituição expressamente o permite ou impõe, competência para o exercício de funções que essencialmente são conferidas a outro e diferente órgão" (CANOTILHO, 2003, p. 560).

Portanto, não há um *núcleo essencial* de julgar, pois a Constituição pode determinar que determinados julgamentos sejam realizados por órgão não jurisdicional, como assim o fez em relação aos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II da Constituição Federal de 1988) e poderia ter feito em relação a outros crimes. Também não há um *núcleo essencial* da função legislativa, as medidas provisórias com força de lei ou mesmo os Decretos-lei que as antecederam mostram isso. Essas medidas com força de lei atualmente encontram limites materiais e processuais, as quais não estavam incrustadas no conceito da separação de poderes, mas foram estabelecidas pela Constituição. Algumas inclusive pelo Constituinte derivado reformador, como a que proíbe a captura de poupança após o governo Collor (art. 60 § 2º da Constituição Federal de 1988). Outras (menores) eram as limitações ao uso dos Decretos-lei. Assim, não existe um núcleo pré-estabelecido ou estático para distribuição de funções atípicas. Há um núcleo essencial para o princípio que se refere à coordenação e divisão de poderes, o qual não informa qual deve ser a exata configuração dessa fórmula.

Canotilho (2003, p. 252) concorda com essa constatação ao informar que

> a sobreposição de linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale em 'ruptura de divisão de poderes'. Estas rupturas ou desvios do princípio da divisão de poderes só são, porém, legítimos na medida em que não interfiram no núcleo essencial da ordenação *constitucional* de poderes (itálico não original).

Achterberg (*apud* Canotilho, *Idem*, nota nº 16) apresenta a mesma visão crítica ora apresentada:

> o problema será saber o que consiste o núcleo essencial de competência. Os critérios geralmente invocados – a intenção, intensidade ou 'quantidade' do desvio das competências *constitucionalmente* fixadas – podem novamente conduzir-nos às discussões relativamente infrutuosas da caracterização material das funções (itálico não original).

Note-se que em ambas as ponderações sobre o núcleo essencial, está presente a ideia de *formação constitucional* desse núcleo de competências que somente podem ser tipicamente exercitadas. O que reforça a conclusão encontrada de que o núcleo essencial *do princípio* estabelece, como exposto, a harmonização e coordenação entre os Poderes nos moldes que o Poder Constituinte acredite adequados, até mesmo porque não há *limitação jurídica* a essa opção. Constitucionalizado o princípio, a identificação do núcleo essencial *da função*, por sua vez, dependerá da análise dos termos em que a Constituição o delimitou.

Em suma, o núcleo essencial *do princípio* (seu não esvaziamento) é observável teoricamente e em abstrato, enquanto o núcleo essencial *da função* (de julgar, por exemplo) dependerá da análise concreta e dogmática do princípio da separação conforme determinado pela Constituição em um dado momento histórico e em uma dada sociedade. Logo, não há como se dizer que uma postura mais ativa ou mais passiva de determinado Poder no que se refere às competências típicas dos demais Poderes afronta o referido princípio, sem que se observe o que a Constituição expressa e implicitamente determinou.

Seguindo adiante, há que se discordar teoricamente com a conclusão que Elival Ramos retira da premissa ora analisada. Com base no raciocínio iniciado acima, ele informa que o *ativismo judicial* seria uma "ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional", em detrimento das demais funções (RAMOS, 2010, p. 116).

Sobre a hipótese, tudo o que se defendeu até agora refletiu em encontrar parâmetros de identificação do *núcleo essencial* da separação. A afirmação de que o ativismo judicial, em todas as suas vertentes, ultrapassa esse núcleo não parece se compatibilizar com o que *a teoria* mostrou até o momento – de que o princípio da separação reflete um conceito elástico moldado em cada momento histórico. Dois argumentos teóricos são cabíveis para refutar a conclusão.

O primeiro, diz respeito à própria identificação do *núcleo essencial* do princípio da separação de poderes. Durante todo o presente capítulo, não só até aqui, mas também em relação à separação de poderes no Brasil, foi demonstrado que o referido princípio tem um conceito elástico que se molda em cada momento histórico e em cada sociedade de acordo com as conjecturas de *poder*. Não há, pois, um núcleo essencial *fixo*, *pré-concebido*, *idealizável hipoteticamente*. Em cada momento constitucional esse núcleo varia, a(s) sociedade(s) molda(m) a divisão de poderes como entendem em cada circunstância histórica. O próprio Canotilho (2003, p. 115), em expressão citada a pouco, analisando as circunstâncias da divisão da Constituição portuguesa vintista, constata que "do modo como estão combinados os poderes pode concluir-se em qual deles recaiu o benefício da divisão".

Informar que a realização de atividade típica de outro Poder fere o núcleo essencial também não pode ser aceita, pois existe legitimidade para a realização de atividade atípica pelos Poderes. Assim, é a Constituição que determina quais são as atividades típicas de outros Poderes que os demais poderão exercer. As medidas provisórias, entre diversos outros exemplos

espalhados pela Constituição, demonstram que, *em havendo permissivo constitucional*, é possível atuar na competência típica de outro Poder, sem ferir o núcleo essencial do princípio em tela.

A escolha de quais as competências atípicas determinado Poder deve ter, é única e exclusiva do Poder Constituinte, o qual se mostra como um *poder juridicamente ilimitado*[42]. Assim, se escolher que o Legislativo pode julgar determinadas autoridades em crimes de responsabilidade, então essa competência lhe será lícita. Ou se entender que o Judiciário pode proferir sentenças com perfil aditivo quando for constatada omissão inconstitucional, então essa competência atípica também lhe será lícita. Nesse viés, o ativismo judicial seria, portanto, lícito e legítimo. Logo, teoricamente, sob esse primeiro argumento a conclusão pode ser refutada, visto que o ativismo judicial não leva *necessariamente* ao malferimento da separação de poderes.

Agora, referindo-se ao Brasil, é possível concluir que o Poder Constituinte originário contemplou o Judiciário com dois *remédios processuais* que permitem suprir omissões inconstitucionais: o mandado de injunção, com efeitos concretos e ampla legitimidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de legitimidade restrita, mas com eficácia *erga omnes*. Então, se foi concedida a competência de julgar essas ações ao Judiciário, há sim previsão para que, nestes restritos casos, a omissão seja extirpada do ordenamento e se, para tanto, houver necessidade de proferir decisão com perfil aditivo, estará esta garantida pela própria Constituição (art. 5º, LXXI e art. 103, § 2º)[43].

O segundo argumento teórico de refutação da conclusão de Elival Ramos decorre da *teoria dos poderes implícitos* (*implied powers*), que informa que "qualquer norma constitucional que atribui a um órgão a realização de um dado fim, implicitamente lhe permite o uso dos meios

[42] É ressaltado pela doutrina balizada que há limites históricos, sociológicos, culturais, entre outros. Há também limites valorativos que impedem a afronta aos valores basilares da sociedade, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Mas limites jurídicos não são admitidos pela doutrina. Nesse sentido, vide Alexandre Walmott Borges (2009, p. 46-50).

[43] O art. 103, § 2º da CF/88 previu que, no caso da ação de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal somente deveria dar "*ciência* do Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias" (grifo não original). Apesar de essa ter sido a solução encontrada pelo Constituinte, a perenidade da omissão mesmo após a *ciência* do Poder omisso não há de ser aceita. O constituinte não identificou expressamente uma solução para o caso do desrespeito à decisão judicial que identifica a omissão. Não obstante, a Constituição não pode ser interpretada no sentido de que uma decisão judicial possa ser tranquilamente descumprida. Assim, se depois da ciência do Poder de seu estado de omissão, ele não se movimentar, transformando a Constituição de *letra morta*, esse descumprimento da decisão do Supremo Tribunal após *tempo razoável* o legitimaria a agir, por meio da Reclamação Constitucional para a garantia da autoridade da decisão do Tribunal. Destarte, nesta Reclamação poderia a Corte atuar com um perfil mais aditivo. Essa é somente uma das possibilidades de atuação ativista legítima do Judiciário; outras serão investigadas no item 3.4.

necessários e hábeis a atingir tal desiderato, salvo proibição expressa da própria Lei Magna" (DANTAS, 2000, p. 161). Para Paulo Bonavides (2009, p. 472-473), essa teoria informa que "na interpretação de um determinado poder não se consentirá coisa alguma que possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos".

Sua origem remete ao EUA, no ano de 1819, no julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland*, no qual se discutia a possibilidade de uma lei federal instituir um banco, contrariamente a uma norma estadual. Nesse precedente, *Justice* Marshall utilizando uma tese de Hamilton, de 1791, que sustentara que o "governo federal, embora não dotado de todos os poderes, era supremo e soberano com respeito àqueles que possuía", existiam, portanto, *poderes* de caráter constitucional, mesmo que a letra da Carta não os mostrasse expressamente (DANTAS, 2000, p. 159-160).

No Brasil, nos idos de Rui Barbosa o Supremo Tribunal Federal já utilizava essa teoria. José Afonso da Silva (2010, p. 489) destaca que a figura do interventor, não prevista na Constituição de 1891, foi incorporada pela teoria dos poderes implícitos, pois "se a Constituição confere um poder expresso para certo fim, há de *implicitamente* oferecer meios para atingi-lo". Na Reclamação nº 141 (julgada em 25.01.1952), há trecho do acórdão do Ministro Rocha Lagoa dispondo sobre a teoria nos seguintes termos: "tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito na própria disposição", após destaca dois precedentes que incorporaram a teoria ao território nacional, o acórdão nº 350 de 21.09.1898 e acórdão nº 494 de 25.10.1899. Recentemente o Pretório Excelso referendou o uso dessa teoria informando que "é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios" (HC 91661, julgado em 10.03.2009)[44].

[44] A teoria tem sido amplamente utilizada pela Segunda Turma da Corte para, entre outros argumentos, indeferir *habeas corpus* que questionem o poder investigatório do Ministério Público. EMENTA: (...) VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (...) TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) (...). (HC 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336). Em sentido idêntico HC 87610, HC 90099, HC 89837, HC 85419, entre outros.

Trazendo a teoria dos poderes implícitos para a questão do ativismo, utilizando os mesmos exemplos, seria possível entender que tanto no caso do mandado de injunção quanto no caso da ação de inconstitucionalidade por omissão, se a Constituição dotou o Judiciário com a competência de *guarda da Constituição* (art. 102, *caput* da CF/88) e de proteção dos cidadãos contra *lesões* ou *ameaças a direito* (art. 5º, XXXV da CF/88), então todos *os poderes* para suprir inconstitucionalidades (inclusive as omissivas) estariam *implicitamente* presentes; mesmo que para supri-las de forma eficaz seja necessária a atuação com perfil aditivo - como a normatização temporária do preceito constitucional. A dificuldade está, como se verá no item 3.4, em identificar uma omissão inconstitucional[45].

Dessa forma, quanto à conclusão de Elival Ramos, a discordância existe em face da possibilidade *teórica* de que, em casos excepcionais, como no caso de *omissão inconstitucional flagrantemente reconhecida*, seja possível a atuação do Judiciário para sanar provisoriamente essa omissão, mesmo que sua decisão contenha algum perfil aditivo[46]. Assim,

> impõe-se re-interpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, politicamente engajadas no *alargamento* da cidadania e na *realização* dos direitos fundamentais (COELHO, 2002, p. 99).

O princípio da separação de poderes, por si só, não deslegitima uma atuação mais ativa do Poder Judiciário na configuração do *poder*. Nem tampouco o legitima. Para que se possa verificar sua legitimidade ou não dessa atuação segundo este princípio é necessário investigar qual é a sua configuração no momento atual no País.

Repensando o princípio, é possível verificar que é somente uma investigação conjuntural de seu estabelecimento é que pode informar qual é a sua real configuração. O que só pode ser feito com uma análise mais detida sobre a configuração dada ao princípio pela Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, o princípio da separação de poderes, segundo a mobilidade conceitual ora apresentada, não impede uma ação criadora pelo Judiciário, *desde que assim a Constituição permita*. Análise que será realizada adiante.

---

[45] Neste item, demonstrar-se-á que para se identificar a omissão inconstitucional deve-se analisar se não se está diante da liberdade de conformação do legislador.

[46] Os exemplos utilizados referiram-se somente aos casos de omissão inconstitucional, mas é possível aplicar a teoria informada sempre que se vislumbre afronta a direitos fundamentais.

1.3. Evolução da separação de poderes no Brasil

O presente tópico busca analisar criticamente a evolução histórica da divisão de poderes no Brasil, com ênfase na posição do Judiciário, sob duas perspectivas. A primeira, busca olhar a evolução histórica da independência do Poder Judiciário, ora em relação aos demais poderes ora em relação a si mesmo. A segunda, refere-se à identificação do *status* ocupado por este Poder na balança de equilíbrio dos três Poderes; com escopo de verificar se houve um equilíbrio constante entre os Poderes ou se algum Poder teve mais força, fazendo com que a balança pendesse para o seu lado, e como essa situação foi alterada com o passar do tempo.

Daniel Barile da Silveira (2006, *passim*) apresentou como dissertação de mestrado um aprofundado estudo sobre o papel do Judiciário na formação do Estado brasileiro desde a colônia até o fim da Primeira República, abordando inclusive o enfoque da separação de poderes, cujas considerações serão úteis para o presente estudo. O período colonial não tem relevância nesta investigação, pois seu objetivo é analisar a história constitucional do País.

A primeira Carta constitucional do Brasil, a *Constituição imperial de 1824*, retocada pelo "bico da pena de Rui Barbosa", não guardava correspondência com a realidade nacional, visto que adotou o modelo norte-americano sem a devida e cautelosa redução sociológica (MENDES *et al*., 2007, p. 154-155). Não obstante, já proclamava formalmente a separação de poderes em seu art. 9º, com uma substancial diferença: inspirada nas ideias de Benjamin Constant, criou o Poder Moderador, "chave de toda a organização Política", "delegado privativamente ao Imperador" (art. 98), para que vele "pela manutenção, equilíbrio e harmonia dos demais poderes" (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 335).

Essa Constituição já tentou tratar o Poder Judiciário com relativa independência, trouxe diversas inovações ante ao período colonial, entre as quais podem ser citadas: 1) criação de um judiciário nacional; 2) o Poder Judiciário pautado em "estrutura hierarquizada, com competências bastante definidas e, sobretudo, considerada como um efetivo órgão independente, dos demais poderes (art. 151 e ss.)"; 3) os juízes estariam abstratamente vinculados somente ao primado da lei; 4) os abusos dos magistrados, antes permitidos tacitamente, passam a ser punidos política e criminalmente (art. 156 e 157); entre outras (SILVEIRA, 2006, p. 178). Foi criado o Supremo

Tribunal de Justiça, com sede na capital do Império, então o Rio de Janeiro, sem que os Tribunais das Relações deixassem de existir (art. 163 da Constituição de 1824).

Contudo, em que pese a modificação normativa relevante, a prática judicial não teve o condão de se subtrair de antigas práticas nocivas enraizadas no costume da época, como a corrupção e a parcialidade nas votações. Como ressalta Daniel da Silveira (*Idem*, p. 180), evidenciava-se naquele contexto "uma patente disrupção entre o "império da lei" e o "império das circunstâncias". E continua:

> Desse modo, no Brasil Imperial, a cultura do favor, do jeitinho, da cooptação política, do clientelismo, do cartorialismo estatal, sem mencionar as reiteradas práticas de corrupção, nepotismo, favorecimento ilícito, representaram todos conceitos que vieram a marcar tal período, refletindo a faceta patrimonialista de nosso Judiciário, recém surgido dos escombros do período colonial (*Idem*).

Nesse cenário, a criação dos primeiros cursos jurídicos em Recife e na Faculdade do Largo do São Francisco permitiu não só a formação técnica de bacharéis pátrios, mas, sobretudo, de futuros funcionários do Estado que deveriam estar em consonância com os valores da camada dirigente. A dominação educacional era um meio eficaz na manutenção do poder.

Esses recém-formados juristas eram normalmente nomeados para cargos no Poder Judiciário. Mas essa prática redundava em uma "forma privilegiada de acesso à elite política imperial, o que demandava em contrapartida fortes manobras sociais para adquiri-la" (SILVEIRA, 2006, p. 166). Ser juiz no império, não obstante a função de decidir conflitos, tratava-se de uma prática legítima de se ingressar no grupo dirigente da época.

A atuação judicial no Império era utilizada como meio de preservação do poder e de interesses da elite dirigente (políticos, oligarquias, fazendeiros, aristocratas). Uma das medidas que denota a falta de independência do Judiciário é observada no fato de que, toda vez que o julgador suscitasse matéria considerada de "interesse geral", haveria intervenção no feito de um interventor imperial, afastando a participação daquele no feito.

Em suma, magistratura imperial não detinha independência para realizar seu mister. Caso não fizessem *bem* seu ofício com base na *prudência* e *moderação*, seus atos poderiam ser revistos pelo Poder Moderador, além da possibilidade de sofrer sanções políticas como a remoção a outra localidade (art. 153).

Muitas vezes não julgavam com imparcialidade, uma vez que tinham interesse no litígio como meio de manutenção das conjecturas de poder. Este Poder era utilizado muito mais como ascensão aos demais que como um poder autônomo e independente. A judicatura do Império, avessa aos problemas da população, "revelava-se absolutamente parcial e comprometida com interesses privados, refletindo os ensejos de uma elite local" (*Idem*, p. 176).

No Império, o cenário de distribuição do poder estatal desfavorecia bastante o Judiciário, cuja organização como Poder estatal era praticamente inexistente. Seus cargos eram utilizados muito mais como moeda de troca política ou como vitrine para que seus membros pudessem galgar cargos em outros Poderes, não tinha, portanto, força política. O Legislativo também não tinha expressão. O Executivo se mostrava extremamente concentrador e, por isso, inchado de poder ditava as regras. O Imperador na *Fala do Trono* dirigida à Assembléia Constituinte de 1823, reivindicou "toda a força necessária ao Poder Executivo" (MORAES FILHO, 2003, p. 168). O Poder Moderador favorecia esse cenário, vez que permitia uma maior concentração de poder nas mãos do imperador, o qual mantinha um controle imediato sobre o Judiciário, reduzindo sua independência.

O nascimento da República se dá de forma conturbada. Primeiro porque a *Constituição de 1891*, como a anterior, não refletia os anseios sociais, faltava-lhe, pois, "vinculação com a realidade do país" (SILVA, 2010, p. 79). Segundo porque o conflito pelo poder se instaurou logo no início de sua existência. O presidente eleito pela Constituinte, Deodoro da Fonseca, sofreu forte oposição liderada por Prudente de Moraes, que tentou impedir inclusive sua eleição. Não conseguindo, pretendeu destruir o governo pelo *impeachment*, mas o Presidente eleito vetou o projeto de lei dos crimes de responsabilidade.

Prudente de Moraes, no exercício da Presidência do Senado, fez com que o veto presidencial fosse rejeitado e, como isso, a lei aprovada. Em represália, Deodoro dissolve o Congresso em 03 de novembro de 1891. Mas, como lembra José Afonso da Silva (*Idem*), no dia 23 do mesmo mês, Deodoro, "para evitar que corresse sangue generoso dos brasileiros", renuncia à Presidência da República. Lodo depois, instala-se a guerra civil. Mas, com a eleição de Prudente de Moraes para o quadriênio 1894/1898, a situação se acalma. A oligarquia, que mandaria nos Estados, se instala no poder.

O sistema constitucional, com o federalismo e a consequente distribuição do poder antes centralizado nas mãos do Imperador, reacende "os poderes regionais e locais, adormecidos sob o guante do mecanismo unitário e centralizador do Império" (SILVA, 2010, p. 80). Com isso, o Poder Executivo federal perde poder, o qual é transferido para os Executivos regionais e locais. José Afonso da Silva (*Idem*) informa que a liderança dos Governadores era flagrante, pois eles "impunham o Presidente da República"; enquanto a força dos coronéis elegia os governadores em um autêntico voto de cabresto. A eleição de Deputados e Senadores também dependia da liderança dos Governadores. Assim, o Legislativo também era controlado pelas conjecturas do poder coronelesco.

Com a República, formou-se um Judiciário mais forte e independente. Esse Poder foi dotado de prerrogativas que assegurariam uma maior autonomia a sua atividade jurisdicional, cujo principal destaque remonta à criação das garantias de vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade. Com isso, criou-se um ambiente favorável à racionalização e evolução da magistratura.

> (...) com o desabrochar da República, a carreira da magistratura ganhou uma aparência que pode proporcionar uma maior racionalidade nas decisões judiciais, posto que todas as garantias funcionais a seus membros conferidas, além das competências legalmente bem delimitadas, franqueariam veredictos menos parciais e dotados de maior liberdade de convicção a seus executores (SILVEIRA, 2006, p. 206).

Com o fim do Poder Moderador, cessou o controle imediato do Judiciário por outro Poder, o resultado foi uma *aquisição evolutiva* extremamente importante para o desenvolvimento sadio e independente do órgão julgador. A Carta de 1891 foi, para a época, um marco na valorização da independência do Poder Judiciário a permitir sua evolução racional no sistema, sobretudo pelas *garantias funcionais* e *divisões de instâncias* expressas no texto constitucional.

Contudo, embora a primeira Constituição de 1891 tenha favorecido a evolução da magistratura como um todo, "sua construção, extremamente retórica e desvinculada da realidade social, foi tributária de enormes críticas dos pensadores da época" (SILVEIRA, 2006, p. 209). As antigas práticas políticas de manipulação da sociedade para a manutenção do *status quo* de domínio do poder enveredaram para a época republicana. Nesse contexto, a Constituição e a sociedade não lograram uma aproximação real.

Na República Velha, a forma com que o Judiciário se organizava e solucionava os conflitos a ele submetidos refletia o mecanismo de dominação vigente. A magistratura não conseguiu se desvincular dos sistemas coronelistas de dominação do poder político vigente, mesmo porque a ascensão aos seus cargos dependia de indicação política.

> Os magistrados, tanto os estaduais quanto os federais, incluindo-se os membros do Supremo Tribunal Federal, serviam inevitavelmente de massa de manobra desses grupos dominantes, que sob as mais variadas formas buscavam influir nos assuntos oficiais para reclamar para si privilégios socialmente significativos (...) (SILVEIRA, 2006, p. 227).

Cria-se uma complexa malha de relações tecidas intrainstitucionalmente, a qual espelha o jogo de poder vivido fora dos limites estatais. Em que pese o discurso legal do período pregar a imparcialidade e as garantias constitucionais, o que se via, em verdade, era a tendência da magistratura em coadunar com o poder político dominante (SILVEIRA, 2006, p. 229). A Constituição não foi capaz de expurgar do Judiciário o antigo ranço patrimonialista.

O sistema político girava em torno da Política dos Governadores, cujo coronelismo era flagrante. Dessa forma, a balança do Poder, já um pouco mais equilibrada, ainda pendia exacerbadamente ao Executivo. A divisão quadripartita do império fica para trás. O Legislativo ganha mais força; é temporário e, por isso, mais representativo; sua participação efetiva das decisões políticas, ainda que minimamente, tem início.

É criado o Supremo Tribunal Federal, primeiro pelos Decretos nº 510/1890 e 848/1890, depois inserido no texto constitucional (art. 55 a 59), cuja competência englobava, entre outras, zelar pela autonomia interna diante da recente autonomia dos estados. E com ele, o *habeas corpus* começa a ser utilizado na proteção dos direitos fundamentais, que ganham rol específico (art. 72 e ss), como é exemplo o célebre HC 300, impetrado por Rui Barbosa.

Há de se reconhecer que as modificações ocorridas no sistema jurídico com a nova Constituição, tais como o presidencialismo, o federalismo, um múltiplo reconhecimento de garantias aos cidadãos e à magistratura, além da criação do Suprem Tribunal Federal demonstram uma *evolução substancial*, tanto na independência do Judiciário para executar sua função constitucional com vigor, e, com isso, defender os cidadãos de arbítrios estatais, quanto em sua posição na balança dos Poderes. O Judiciário começa a se mostrar, de fato, *como Poder* e não mais como simples apêndice do Executivo; porém, como um embrião, uma raiz, um início do que se mostraria no futuro.

Contudo, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 336), referindo-se à Primeira República, ensina que, "não obstante a independência anunciada, a doutrina reconhece que na prática política, houve prevalência do Executivo sobre os demais poderes".

A promulgação da *Carta de 1934*, que inaugura a Segunda República, reflete um novo pensamento de viés social, com nítida influência da Constituição de Weimar (1919). Ela "cuidou, em abundância, dos interesses da coletividade", criou a Justiça Eleitoral, o sufrágio feminino, o voto secreto e o mandado de segurança (MENDES *et al*., 2007, p. 157)[47]. Politicamente, inicia período nada tranqüilo; pois é marcada por "crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições" (BONAVIDES, 2009, p. 366).

Ela instala o que Paulo Bonavides (*Idem*) chamou de "terceira grande época constitucional". As condições econômicas, que cercaram sua promulgação, já permitiam o desmonte do coronelismo. Getúlio Vargas, líder da Revolução de 1930, chega ao poder e intervém nos Estados, liquidando com a Política dos Governadores e com os coronéis, que são por ele desarmados (SILVA, 2010, p. 81). O que reflete na centralização do poder no Executivo federal. Situação que se agrava com o ganho de poder de Getúlio e culminará em uma ditadura do Executivo.

Como as anteriores, a Constituição também prevê a separação de poderes em seu art. 3º. Mas o Legislativo – mais especificadamente o Senado Federal – foi, somente na forma[48], privilegiado; "passou a desfrutar de certa hegemonia em relação aos outros Poderes, uma vez que coube ao Senado a função de 'coordenar os Poderes federais em si' (art. 88), gozando de atribuições excepcionais de controle da atividade governamental", nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 336). Contudo, essa situação não chega a sair do papel, pois a ditadura Vargas assim não permitiu.

A alteração no Poder Judiciário que pode ser recordada é a criação da Justiça do Trabalho. Não houve, todavia, modificações significativas na posição do Judiciário no jogo

[47] Cumpre destacar que a Constituição do Império, em seu art. 157, mesmo que superficialmente também havia feito menção à *ação popular*. Mas foi Constituição de 1934 que deu maior densidade aos seus termos (art. 113, inciso 38). Para muitos, foi esta Constituição que criou o instituto. Contudo, o instrumento processual não pode ser utilizado em face da falta de regulamentação e de sua não previsão na Carta de 1937.

[48] Pois, na prática, o dispositivo não chegou a ser implementado de forma efetiva.

político, pois a efêmera Constituição "não passou de um período agônico e transitório de reconstitucionalização do País, feita em bases precárias, debaixo de uma tempestividade ideológica" (BONAVIDES, 2009, p. 366). Em verdade, o seu curto tempo de vigência somente demonstrou que o *poder político*, quando deseja rompe com a Constituição de um país.

Vem então a *Constituição Polaca* – inspirada na Constituição polonesa – *de 1937*, outorgada pelo ditador Getúlio Vargas, cuja principal preocupação foi fortalecer o Executivo, a exemplo do que ocorria em quase todos os outros países, e reduzir o papel do Parlamento nacional (SILVA, 2010, p. 83). A exacerbação do Executivo foi tamanha que o governo se deu por meio de Decretos-leis, muitos dos quais vigentes até hoje. Todo o Executivo e Legislativo permaneceram nas mãos do Presidente da República. As vinte e uma Emendas à Constituição, através de *leis constitucionais*, se deram ao seu capricho. Essa Carta (outorgada, lembre-se) concedeu *superpoderes* ao Presidente, numa verdadeira "ditadura constitucional" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 336).

De fato, a Constituição de 1937 não teve aplicação regular por dois motivos: um, muitos dos seus dispositivos permaneceram letra morta em face da ditadura pura e simples (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 336) e, dois, sequer chegou a vigorar devido à não realização do plebiscito obrigatório anunciado em seu art. 187 (MENDES *et al*., 2007, p. 161). Getúlio Vargas elevou-se acima da Constituição e dela não tomou conhecimento.

Não definiu expressamente o princípio da separação de poderes, mas mesmo que assim o fizesse não surtiria efeito prático algum porque, em uma ditadura como a de Vargas, quem manda é o ditador. Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 336) informa, contudo, que houve a criação formal do Poder Legislativo (art. 38).

Relativamente ao Judiciário, previu, além de sua existência, o controle de constitucionalidade, mas com uma peculiaridade: se declarada a inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente, "fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta", ele poderia submetê-la ao Parlamento que, a mantendo por dois terços de votos, teria eficácia de emenda constitucional (art. 180); criou-se, com isso, um mecanismo de *anticontrole de constitucionalidade* (MENDES *et al*., 2007, p. 159-160). Como observa Inocêncio Mártires Coelho (*Idem*, p. 160), esse dispositivo chegou a ser usado para determinar a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos de servidores estaduais e municipais.

O Legislativo, nem se fala, permaneceu *fechado* ao longo da ditadura Vargas. Portanto, nesse momento de exceção, o quadro é o seguinte: o Legislativo na prática inexistiu, o Judiciário, em que pese tenha tido aumento de competências (controle de constitucionalidade, justiça eleitoral, entre outros), não conseguiu maior autonomia ou independência em face do braço forte da ditadura e o Executivo, este sim, comandado pelo *dono do poder*, governou sozinho o país.

A redemocratização veio com a *Constituição de 1946*, que incorporou o sentido social dos novos direitos, retomando a característica weimariana da Carta da 1934 (BONAVIDES, 2009, p. 368). Diferentemente do que ocorreu com as Cartas de 1824, 1891 e 1934, não partiu de um anteprojeto vindo de fora, adotou como texto-base a Constituição de 1934. O federalismo, quase desaparecido em 1937, é retomado. O rol de direitos fundamentais se engrandece.

Estabeleceu em seu art. 36 a separação de poderes. Mas com algumas diferenças em relação a momentos anteriores. Isso quem observa é Miguel Reale (1984, p. 91) ao informar quatro graves equívocos desta Constituição, dois dos quais interessam ao presente estudo; são, primeiro, o *enfraquecimento do Executivo*, o qual estaria à mercê do Legislativo e, segundo, o consequente *fortalecimento do Legislativo*, cujos atos legislativos próprios se reduzem às leis ordinárias e às leis constitucionais. Importante constatação, que mostra um ato reflexo ao inchaço do Executivo da época passada.

Inocêncio Mártires Coelho (MENDES *et al*., 2007, p. 164), por seu turno, discorda de Reale ao afirmar que houve uma "equilibrada partilha de poder político, apesar da opinião em contrário dos que entendem que esse modelo acabou desequilibrando a balança em favor do Legislativo". Independentemente da análise que é realizada, uma situação é pacífica, o Legislativo volta ao cenário político após sua longa inexistência. É o mesmo autor (*Idem*) que ressalta também a valorização do Judiciário, informando que o texto democrático de 1946 buscou devolver-lhe a dignidade "pelo respeito às suas tradicionais prerrogativas e uma equilibrada partilha do poder político".

Em 1964, se instala o Golpe Militar e com ele uma sucessão de desmandos, ilegalidades e até mesmo a manipulação da lei e do sistema judiciário para manter o poder do regime autoritário. Sobre a *Constituição de 1967*, cumpre expor pronunciamento balizado de Paulo Bonavides (2009, p. 367):

> durante a ditadura dos militares o Brasil testemunhou a ação de dois poderes constituintes paralelos: um tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e auto-intitulado poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda n. 1 à Constituição de 1967, ou seja, a 'Constituição' da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969.

Para muitos essa constituição foi uma farsa, cuja aprovação no Congresso (atuando com Constituinte) foi *a toque de caixa*, em apenas quarenta e dois dias, com base em proposta enviada pelo Presidente militar (MENDES et al., 2007, p. 165). Havia dispositivo sobre a separação de poderes, pois "nem mesmo as Constituições outorgadas pela ditadura de 1964, sem embargo da violência de seu autoritarismo, ousaram tocar naquele princípio" (BONAVIDES, 2009, p. 554). Porém, como em toda ditadura, nesse caso sustentada, além da força, por uma 'desculpa' de proteção contra o comunismo, o Executivo era forte e inflado, centralizado, nacionalista e intervencionista.

Analisando este princípio, José Filomeno de Moraes Filho (2003, p. 153) destaca que

> A desordem constitucional pós-64 o desfigurou, proclamando-o muito mais como espécie de homenagem do vício à virtude do que como pedra angular do edifício constitucional, tal a concentração de poderes armazenados no Executivo e o amesquinhamento do Legislativo e do Judiciário.

Para alguns esse regime foi o que mais concentrou poderes no Executivo, promovendo uma *inédita* centralização, "deixando o Legislativo à margem da formulação, decisão ou implementação da política nacional" (*Idem*, p. 173). Para tanto, manipulou não somente os outros Poderes, mas também o próprio *direito* com a edição de normas inconstitucionais, imorais e desumansas, na esteira do que foi feito, guardadas as devidas proporções, na Alemanha nazista.

No início de 1977, com a rejeição do projeto de reforma do Judiciário, foi o pretexto para a intervenção militar no Congresso Nacional, que foi fechado. Foi então que o Presidente emite uma série de instrumentos legislativos intitulados "pacote de abril", responsáveis pela alteração do quorum de votação de emenda constitucional, dos critérios de eleição de deputados, etc. Com isso, toma controle do Poder Legislativo.

Marcelo Paiva dos Santos (2009, *passim*), realizou brilhante pesquisa sobre a história do Judiciário durante a ditadura militar publicada com o título *A história não contada do Supremo*

Tribunal Federal[49], demonstrando não somente a realidade de seu órgão de cúpula, mas sobretudo esta. Algumas de suas constatações ilustram o ocorrido na época.

Em primeiro lugar, as ingerências do sistema mostraram suas garras inclusive sobre o Tribunal, subjugando-o (SANTOS, 2009, p. 111-360 e 361). Em diversos momentos históricos no julgamento de casos concretos ou ações abstratas, o Tribunal foi coagido a votar no sentido objetivado pelos militares. A título de exemplo um caso merece ser lembrado. Um voto do Ministro Victor Nunes Leal, proferido em 10.12.1968, afrontou flagrantemente os membros do regime. Em 16.01.1969, pouco mais de um mês depois, o Ministro foi aposentado compulsoriamente (*Idem*, p. 377). Houve, pois, *manipulação direta da justiça* a partir da ceifa de suas prerrogativas.

Foram "casos isolados" em que se verificou que os Ministros "se posicionaram contrariamente aos desmandos do regime"; "o elemento humano demonstrou-se um ponto vulnerável" para a defesa da independência entre os poderes e os direitos fundamentais (SANTOS, 2009, p. 364-365). Havia "um certo receio" por parte dos julgadores de se contraporem frontalmente ao sistema, o que demonstra um "reflexo mediato" da ingerência sobre o Judiciário (*Idem*, p. 369).

Em suas próprias palavras: "os regimes políticos são capazes de influenciar o comportamento das instituições judiciais, sobretudo nas apreciações de casos de violência de direitos, para a tentativa de manutenção dos referidos regimes" (SANTOS, 2009, p. 401).

Em segundo lugar, *os militares manipularam o sistema jurídico* como um todo para alcançar seus objetivos; utilizando "o ordenamento jurídico como mecanismo hábil para a própria institucionalização do poder" (SANTOS, 2009, p. 364). Havia disposições constitucionais e legais, que previam a independência e autonomia do Judiciário, além das respectivas garantias aos magistrados, as quais se mostraram *insuficientes* para assegurar sua independência (*Idem*, p. 363). A manutenção da Constituição então vigente (de 1946) no primeiro momento do golpe não retirou força do movimento e o Judiciário não conseguiu, salvaguardar os direitos dos cidadãos.

[49] O estudo mostra, sobretudo a partir de decisões desta Corte ao longo de todo o período autoritário, como este Poder foi *coagido* pelas forças militares de forma a alterar o rumo de suas decisões tamanho o temor incutido mesmo no mais alto escalão da justiça no País. Sua leitura recomenda-se.

O Ato Institucional nº 2, que suspendeu garantias constitucionais dos juízes e aumentou o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal para dezesseis, com o objetivo de ocupar essas cadeiras com *gente sua*, foi um golpe certeiro na independência judicial. Os "crimes contra a segurança nacional passaram à competência da Justiça Militar, tolhindo a possibilidade de conhecimento de algumas agressões pela Corte Suprema. A Constituição de 1967 deu conta do resto, estabelecendo a impossibilidade de apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 64 (SANTOS, 2009, p. 363-364).

Em suma, Marcelo Paiva dos Santos (*Idem*, p. 383) reverbera que

> Quanto mais a sociedade necessitou de instituições sólidas e independentes de ingerências políticas, menos pôde com isso contar. O regime impôs ao Judiciário severas restrições, sendo o Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula, o mais violentado, o que leva à conclusão de que a tática adotada pelos militares golpistas era a de fazer da mais alta Corte de justiça do país o exemplo para todas as demais instâncias judiciais brasileiras.
>
> (...) [com] um Judiciário não independente e sem autonomia, padece[~~ndo~~] o Direito dos mesmos malefícios.
>
> O que se verificou foi a sobreposição absoluta da política sobre o Direito, através do regime vivenciado no país.

Não é necessário dizer mais nada...

Em um processo de "transição pela transação" o regime foi gradualmente se abrindo para permitir o retorno da democracia e do Estado de Direito (MORAES FILHO, p. 152). Dessa forma, iniciam-se os debates na Assembléia Constituinte de 1987/1988. Como a Constituição de 1946, não contou com um projeto anterior, mas com uma diferença: a anterior teve como base a Constituição de 1934, enquanto a de 1988, não contou com qualquer anteprojeto.

Tancredo Neves, Presidente eleito pelo Colégio Eleitoral, nomeou Afonso Arinos para coordenar um anteprojeto que seria posteriormente entregue à Assembléia de 1987/1988. Mas, com a morte de Tancredo, José Sarney decide não enviar o anteprojeto Arinos, com isso a Constituinte deliberou *ex novo*. Portanto, não havia uma vontade prévia sobre quais os rumos a seguir (VIANNA *et al*., 1999, p. 39).

Além disso, um contexto muito particular envolveu a confecção da Constituição de 1988, *ela própria* foi parte do processo de transição do autoritarismo à democracia, e não uma *conclusão* dele, conforme constatou Luiz Werneck Vianna e outros (1999, p. 38). Assim, seu anteprojeto, as deliberações da Constituinte, sua concretização, promulgação e, posteriormente

sua aplicação fizeram parte de um processo democrático. Adriano Pilatti (2008, p. 1) informa que "diariamente mais de dez mil postulantes franqueavam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento"; o que demonstra a participação da sociedade em sua construção.

Foi nesse clima democrático que a Constituição de 1988 passou a ser discutida. Adriano Pilatti (*Idem*, p. XV e 5) lembra que o debate foi intenso, pois foi "palco de grandes conflitos de interesses", num processo decisório de "gigantesca dimensão" tanto temporalmente (quatro fases de tomada de decisão) quanto espacialmente (trinta e quatro foros de discussão – comissões e subcomissões). Tudo isso, resultou no texto da Constituição que recentemente completou vinte anos. Nesse caminho, um sopro de democracia invadiu as instituições, cuja estabilidade tão almejada, com alguns momentos passageiros de crise, parece ter sido alcançada.

Como todas as anteriores[50], a Constituição atual também consagrou o princípio da separação de poderes. Houve redução drástica da força do Executivo diante do fim da ditadura, mas ainda assim este poder permaneceu bem fortalecido. Seu ativismo legislativo, por meio das medidas provisórias, foi notório, exercido como um dos "mais poderosos instrumentos de regulação da sociedade, principalmente em matéria de natureza econômica", assevera Werneck Vianna (1999, p. 49). Os dados comprovam essa constatação: no governo Sarney foram 138; no governo Collor, 160; na gestão Itamar, 505; no primeiro governo Fernando Henrique, 2609; no segundo, 2121, só nos primeiros dois anos de governo (AMORIN NETO e TAFNER, 2002, tabela 2). Por essa razão, o Constituinte derivado reformador promulgou a Emenda Constitucional nº 32/2001, impondo limites ao seu uso desmedido.

Luiz Werneck e outros (1999, p. 41) observam, com apoio em Oscar Vieira, que a Constituição *desconfiou do legislador ordinário*, pois criou obrigações legislativas e estabeleceu mecanismos de controle dessa atuação, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de estabelecer um generoso rol de direitos fundamentais. Mesmo assim, o Congresso retorna da ditadura bastante privilegiado com as disposições de poder recebidas. Há quem diga que o *uso indevido* das medidas provisórias retira, com contrariedade à Constituição, competência do Legislativo (*Idem*, p. 49-50).

[50] Apesar da Constituição de 1937 não ter expressamente adotado o princípio, como visto, o consagrou em seus termos.

Ao Judiciário, por sua vez, foi confiado "papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição", com autonomia institucional desconhecida na história nacional e digna de destaque no plano comparado (MENDES *et al*., 2007, p. 883). Houve proteção suficiente de sua autonomia financeira e administrativa, bem como o estabelecimento de novas prerrogativas aos magistrados e consolidação das anteriores. Mas o principal ponto de destaque é consolidação do controle concentrado de constitucionalidade em um sistema realmente misto[51].

A *competência* do Judiciário se alargou substancialmente com a Constituição de 1988. Gilmar Mendes (*Idem*) constata o surgimento de novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, "a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade[52], da ação direta por omissão, do mandado de injunção, do *habeas data*, do mandado de segurança coletivo", além do alargamento do âmbito de utilização da ação popular.

O objetivo do Constituinte foi armar o cidadão de quantos fossem os remédios necessários à defesa de seus direitos fundamentais elencados em rol nada reduzido. É possível se inferir um dado empírico desse novo rol de ações criado: a) como esse aumento, cresce sua utilização desses remédios em relação aos objetos antes não contemplados com medidas protetivas, b) como o Judiciário é o responsável por julgar essas ações, a conclusão que se chega é que c) esse Poder é levado a ampliar sua participação nas relações sociais. Isso provoca o fenômeno da *judicialização das relações sociais* ou simplesmente *judicialização*, conforme será estudado no início do próximo capítulo. Um dos motivos que levou Gilmar Mendes (*Idem*) a dizer que a "ampliação dos mecanismos de proteção tem influenciado a concepção de um modelo de organização do Judiciário".

O Supremo Tribunal Federal foi o órgão do Judiciário que mais notou essa ampliação. Na égide da Constituição anterior, surgira a representação de inconstitucionalidade[53], tendo como

[51] Cumpre destacar que o sistema misto de controle de constitucionalidade teve início com a criação da representação contra inconstitucionalidades pela Emenda Constitucional nº 16/65, a qual introduziu a alínea k ao inciso I do art. 103 da CF/46. Não obstante, foi somente com a atual Constituição que o instituto ingressou de fato no cenário nacional com a nomenclatura da ação direta de inconstitucionalidade e sua legitimidade ampla.

[52] Esta criada com a Emenda Constitucional nº 3/1993.

[53] A representação interventiva, embrião do controle de constitucionalidade concentrado, surgiu com a Constituição de 1934. Não constou do texto de 1937, mas foi restaurada formalmente em 1946. Mas foi somente com a Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, promovida já sob o regime militar, que surge a representação de

único legitimado o Procurador-Geral da República, mas foi somente no atual regime que essa competência se sedimente e alastra. A legitimidade, agora ampliada, ganha um grande leque de partícipes, especiais e universais, mas não somente estatais, englobando relevantes setores da sociedade civil. Dessa forma, abre esteira à participação da sociedade na interpretação da Constituição, permitindo "uma interpretação pela e para uma sociedade aberta" (HÄBERLE, 2002, p. 13)[54]. Some-se a isso a criação da ação direita da inconstitucionalidade por omissão e ação de descumprimento de preceito fundamental, a promulgação da Lei nº 9.882/1999 que a regulamentou, a introdução, pela Emenda Constitucional nº 3/1993, da ação declaratória de constitucionalidade[55].

Essas foram as principais *atitudes do Constituinte* que demonstram o interesse de colocar o Judiciário, sobretudo em relação ao seu órgão de Cúpula, *necessariamente* como um Poder entre os demais. Note-se que o Constituinte originário foi *intencionalmente*[56] o responsável por algumas das medidas destacadas, como a ampliação de legitimados para a propositura das ações e, com isso, trouxe o Judiciário, sobretudo na figura de seu órgão de cúpula para as grandes discussões sociais que atualmente se desenvolvem no julgar dessas ações.

Conforme será delineado no início do próximo capítulo, um dos aspectos do fenômeno identificado como judicialização da justiça, é a participação do Judiciário como um *recurso das minorias* no processo político. No Brasil, Luiz Werneck e outros (1999, p. 51) puderam observar esse fenômeno, principalmente a partir da observação do uso de ações constitucionais por partidos políticos e sindicatos, mostrando-se como uma atuação da própria sociedade civil (que compõe a base dessas instituições). O Judiciário, pois, tem se mostrado na democracia recente do

---

inconstitucionalidade, antecessora direta da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade.

[54] A participação da sociedade no processo de interpretação constitucional será tratada especificamente no item 3.3. Por hora, basta a constatação de que a Constituição de 1988 favoreceu uma atuação dos "interpretes constitucionais em sentido lato", por meio dos "cidadãos ativos" (HÄBERLE, 2002, p. 14), permitindo, com isso, um "acesso potencial" à interpretação às "forças da comunidade política" (*Idem*, p. 23).

[55] Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 890) também consideram a ampliação do rol de legitimados para as ações constitucionais e as demais ocorrências citadas como um incremento para o exercício da jurisdição constitucional, reforçando sua legitimidade.

[56] Não há espaço nessa curta análise para a identificação da existência de atores representantes desse Poder atuando como *grupo de pressão* na aprovação dessa medida. Apesar da rica discussão de viés político (ciência política) que provocaria, independe para a conclusão exposta, visto que a Constituição foi legitimamente promulgada com o conteúdo exposto, o que basta para informar que foi obra da *vontade constituinte*.

País como um importante fator promotor do processo decisório e do próprio princípio democrático (*Idem*).

A Emenda Constitucional nº 45/2004, foi um segundo marco na história constitucional do Judiciário no país[57]. Criou o Conselho Nacional da Magistratura, as diversas Escolas da Magistratura, alterou a competência da Justiça do Trabalho, criou a súmula vinculante, extinguiu os Tribunais de Alçada, previu a justiça itinerante e a criação de varas agrárias, entre outras. A súmula vinculante[58] é um interessante objeto de análise, cujo rigor científico não permite adentrar sob pena de ampliar demasiadamente o objeto de estudo. Todavia, é possível verificar que este instrumento permite corrigir destemperos do controle difuso, "reduzir a carga de atividade jurisdicional" e "melhorar a qualidade das decisões judiciais", podendo ser entendido como "elemento de legitimação do próprio sistema jurídico", servindo para a promoção da segurança jurídica (NUNES, 2010, p. 167).

A previsão, por meio desta emenda, da razoável duração e da celeridade processual como direito fundamental também tem reflexos na atuação do Judiciário, uma vez que com as medidas praticas que estão sendo tomadas para assegurar esse direito, também provocam a judicialização, pois com uma justiça menos lenta, cresce o interesse da sociedade em submeter questões que, devido à demora, eram resolvidas por outras vias.

Isso, sem levar em conta as alterações na legislação infraconstitucional nesses mais de vinte anos. Só para citar um exemplo pós-88, veja os Juizados Especiais; primeiro, eles são criados com competências cíveis e criminais[59], depois, são criados os Juizados Federais e recentemente a criação dos Juizados das Fazendas Públicas estaduais. O que gera, *ipso facto*, um aumento progressivo de demandas (objetos) e de indivíduos (sujeitos) usuários da Justiça, conforme constatou Werneck Vianna e outros (1999, p. 147-256). O mesmo se pode dizer de outros aspectos jurídicos ou não, como as reformas processuais, os planos econômicos, etc.

---

[57] Quaresma e Oliveira (2009, p. 890) identificam essa emenda como o cume de um processo contínuo "de reforço da legitimidade do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional".

[58] Sobre o tema ver o aprofundado estudo de Jorge Amaury Maia Nunes (2010, *passim*), publicado pelo selo IDP da Editora Saraiva com o título *Segurança jurídica e súmula vinculante*.

[59] De fato, ainda no regime militar, a pressão do movimento Diretas Já (WERNECK *et al*., 1999, p. 173), impulsionou a criação dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº7.244/84), mas poucos Estados o implantaram (*Idem*, p. 177); não alcançaram alcance social (*Idem*, p. 177-178). Foi somente com a Constituição de 1988 e com a criação dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) que sua implantação e alcance social se concretizaram (*Idem*, p. 178-186).

Assim, com esse breve relato acerca da reforma constitucional e das ocorrências infraconstitucionais (jurídicas ou fáticas) foi possível demonstrar que não é só o Poder Constituinte originário que define a maior ou menor relevância do Poder Judiciário no equilíbrio de poderes; existem fatores políticos, jurídicos e sociais que influenciam na configuração da separação de poderes. Isto é, o princípio da separação de poderes tem sua concepção *montada* pelo Poder Constituinte originário e (re)*modelada* pelo Poder Constituinte derivado reformador, pelo legislador e por outros fatores de poder (*móvel*, portanto).

Diante de todos os fatos e dados apresentados, é possível concluir que a Constituição da República de 1988 – na expressão originária ou derivada do Poder Constituinte – arquitetou *intencionalmente* uma nova estrutura para o Poder Judiciário, tanto em aspectos *quantitativos*, com o aumento da competência, quanto em aspectos *qualitativos*, relevância dos objetos incluídos[60]. Poder que não mais está alheio às relações sociais, nem tampouco às próprias conjecturas do *poder político*. Portanto, essa Carta foi um *divisor de águas* na balança dos poderes no País; estabelece, conforme o conceito elástico do princípio da separação de poderes[61], uma nova moldura para a tripartição, que somente o dia-a-dia demonstrará sua real figura. Às conclusões.

Como visto, em toda a história constitucional o equilíbrio da balança de poderes no País pendeu demasiadamente mais para o Executivo. Houve períodos de predominância um Poder sobre os outros, notadamente do Poder Executivo; "deixando o Legislativo à margem da formulação, decisão ou implementação da política nacional" (MORAES FILHO, 2003, p. 173). Rui Barbosa (1999, p. 168), em análise ainda bastante atual, observa que "o presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico", ante ao que identificou como irresponsabilidades deste Poder.

José Filomeno Moraes Filho (2003, p. 180-181) destaca que mesmo no Brasil de hoje, o "fantasma do presidencialismo imperial" ainda assusta, pois o Presidente concentra poderes do

[60] Com o aumento do número de legitimados para o controle de constitucionalidade e da quantidade de novas ações e institutos, evidencia-se consequentemente o uso dessas ações para questionar *novos objetos* não comportados no controle admitido no sistema anterior; ampliando-se a participação do Supremo Tribunal em searas políticas e sociais não alcançadas anteriormente. "É difícil imaginar atualmente questão política, moral, econômica, científica ou ambiental que não possa ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal" (VIEIRA *et al*., 2009, p. 76).

[61] No sentido de que o referido princípio é uma construção histórica que não detém uma firme e imutável concepção estão, como dito, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 340), Canotilho (2003, p. 556-557), Luís Roberto Barroso (2000, p. 166), entre outros.

Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Ele ressalta a alteração do mecanismo eleitoral para permitir a reeleição o uso desmedido de medidas provisórias, entre outros, para chegar àquela conclusão. A esses argumentos acrescenta-se a compra de apoio parlamentar com o mensalão do governo Fernando Henrique, Lula e Arruda, este em Brasília.

Não obstante, na conclusão de seu estudo sobre a separação de poderes no Brasil pós-88, o José Filomeno (2003, p. 191) fixa um olhar positivo para essa relação, com a qual há de se concordar, informando que as praxes políticas parecem estar dando soluções sem necessidades de maiores inovações formais, "o processo político brasileiro, embora enfrente problemas e dilemas, tem caminhado para evitar o conflito disruptivo entre o Executivo e o Legislativo, que foi um dos traços marcantes e perversos da sua evolução político-constitucional anterior a 1988". Encaixando o Judiciário nesse cenário, é possível identificar que este Poder tem promovido uma atuação comedida e dentro dos limites que o jogo político e as exigências jurídicas exigem. Tem se mostrado não um gigante com sede de poder, mas sim um ator importante no panorama da recente democratização do Brasil[62].

A partir da análise histórica apresentada algumas conclusões podem ser tomadas: 1) a divisão do poder do Estado em três órgãos distintos – com exceção da divisão quadripartita do período imperial – oscilou substancialmente no caminhar das Constituições, ora com predomínio esmagador do Executivo, ora com um respiro do Legislativo; 2) O Judiciário, veio ao longo do tempo em um crescente ganho de independência e poder político em face dos demais, com exceção de dois longos períodos de retração em momentos ditatoriais (Estado Novo e Ditadura Militar); 3) Com a Constituição de 1988, verifica-se a época de maior valorização política deste Poder, visualizável principalmente pelo aumento de sua *competência* e de sua *visibilidade na opinião pública*.

O Brasil não assistiu ao longo de sua história a uma divisão equilibrada do poder. *Não há, pois, uma fórmula matemática para a separação de poderes*. Mesmo Montesquieu nunca presenciou uma igualdade ou um equilíbrio mais equânime – nem mesmo a França e Inglaterra de

[62] No capítulo 3, esse argumento será melhor demonstrado. Por ora, a partir de um simples olhar para a realidade é possível concluir que o Judiciário, e não somente o Supremo Tribunal Federal, tem mostrado nos últimos vinte anos uma atuação respeitante da democracia e muitas vezes assecuratória dela. Da mesma forma que o Tribunal Constitucional da África do Sul tem feito, conforme análise que será realizada no mesmo capítulo. Em contrapartida as críticas à atuação judicial também será realizada no mesmo local.

sua época mantiveram a mesma disposição, quiçá do lado de cá do atlântico como exposto no item anterior. Tampouco o Brasil viu uma fórmula retilínea para a tripartição. Foram *sempre as redes de poder* que construíram em cada época os moldes da separação de poderes.

Em suma, a primeira conclusão que essa investigação pontual demonstra é que *a política* é que determina qual a expressão da divisão de poderes no País; não havendo uma medida correta ou exata para seus termos. Nesse sentido, José Filomeno de Moraes Filho (2003, p. 154) aduz que a compreensão desse princípio "não pode limitar-se à sua configuração normativo-constitucional, fazendo-se necessária a interpretação de tal configuração como processo político efetivo, em outras palavras, um diálogo permanente entre a teoria constitucional e a teoria política".

Luiz Werneck Vianna (1999, p. 9) assevera a mudança de posição do Judiciário ao longo dos anos, sobretudo após a Constituição de 1988; antes como um poder periférico, "encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais", passa a se mostrar como uma instituição central à democracia brasileira, "quer no que se refere à sua expressão propriamente política quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social".

Observou-se, ainda, que momentos de muita valorização de um Poder, sobretudo do Executivo, mostraram sua retração no período constitucional seguinte. É possível que haja uma retração do Judiciário em um momento constitucional futuro, desde que o jogo político assim entenda adequado. Todavia, *no momento atual* ele pode, e em alguns momentos deve, assumir seu papel político e concretizar a Constituição. Esse parece ser o desejo da sociedade (ou no mínimo dos arquétipos de poder) evidenciado pelo retrato batido pelo Poder Constituinte *originário* e confirmado pelo *derivado reformador*. É essa *nova realidade*, em que o Judiciário, sobretudo no que se refere a sua Corte de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, que será estudada com maior profundidade no último capítulo, concretiza a Constituição.

A conclusão final desse capítulo, então, é de que uma posição mais relevante do Judiciário na divisão de poderes não afronta o princípio em tela, uma vez que seu sentido é elástico; é construído com cimento e argamassa compostos com argila social do País – parafraseando Oliveira Vianna (1939, p. XIV). Portanto, *o simples fato de suas decisões ganharem relevo social ou receberem algum perfil aditivo não afronta a Constituição vigente*.

De mais a mais, para que seja possível compatibilizar a interpretação do princípio da separação de poderes com a atuação específica do Poder Judiciário, é preciso verticalizar um pouco mais a investigação no que concerne ao *novo constitucionalismo* e às características que o regem, nos termos do próximo capítulo.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O presente capítulo pretende verificar como a evolução do *constitucionalismo*[63] mostra reflexos na relação da Constituição com seus aplicadores, na interpretação do direito e na forma de entender a relação entre os Poderes constituídos; resultando em um novo paradigma de direito[64]. Nos últimos sessenta anos, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo não permaneceu estático, se transformou em muitos sentidos, os quais serão estudados adiante.

Primeiramente serão expostos os conceitos essenciais para a análise do problema central da presente dissertação: judicialização, judicialização da política e ativismo judicial. Após, serão trazidas as principais ideias que circundam o neoconstitucionalismo, entendido como uma nova forma de pensar o Direito Constitucional e a própria Constituição.

2.1. Delimitação conceitual necessária

Na realidade contemporânea, é difícil identificar alguma questão que não resvale nos princípios ou regras da Constituição. Por isso, temas políticos, sociais, morais, religiosos, econômicos, todos são levados à apreciação das Cortes Constitucionais; o que leva à constatação de que "não há um espaço *vazio* de Constituição" (VIEIRA *et al*., 2009, p. 77). Diante desse

[63] Canotilho (2003, p. 51) define *constitucionalismo* como "a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade". Nas palavras de Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 880-881) é o fenômeno histórico-cultural ocorrido na transição do Antigo Regime para a Modernidade, cujo resultado se apoia em um "processo de história das ideias" com origens gregas e romanas, que tem como resultado a Constituição Política como lei fundamental do Estado, que "sintetiza o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação". Paolo Comanducci (2009, p. 76-79) entende o *constitucionalismo* como ideologia jurídica e, como tal, o classifica segundo a) seus objetos e pretensões, b) seus meios institucionais e c) os meios políticos para a realização de seus fins. A expressão está intimamente ligada ao movimento constitucional moderno (com surgimento entre os séc. XVIII e XIX, sedimentação no séc. XIX e crise no séc. XX). O termo *neoconstitucionalismo*, nomeia o processo evolutivo dessa ideologia a partir das modificações estruturais ocorridas em seu seio após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo após os anos 70.

[64] O termo *paradigma* no âmbito das Ciências Sociais é cunhado pela primeira vez por Thomas Kuhn (2000, p. 218), segundo o qual "indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada" e conclui que "um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham e, inversamente, uma comunidade científica consistem em homens que partilham um paradigma". Habermas (1997, p. 194-195) restringe a concepção de Kuhn ao direito da seguinte forma: "Por esse último (paradigma de Direito), entendo as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como os mesmos princípios constitucionais e sistemas de direitos podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade." A palavra é utilizada com essa conotação.

cenário, é possível perceber que, muitas vezes, termos distintos são utilizados de forma aleatória como sinônimos, o que causa uma certa confusão teórica no estudo do tema.

Com o objetivo de delimitar o conceito dos termos que surgem no vocabulário jurídico, após a segunda metade do século passado, há necessidade de identificar e conceituar de quatro fenômenos distintos, porém conexos e interrelacionados: *judicialização*, *judicialização da política* e *ativismo judicial*.

Judicialização é o deslocamento da decisão de "questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral", em caráter final, para o Poder Judiciário (BARROSO, 2010, p. 6). É o desembocar no Judiciário, em maior medida do que já se havia constatado em momento anterior, de questões da vida social dos cidadãos, da vida política da nação, de relevância religiosa, científica, moral, etc.

Esse fenômeno refere-se, não a um único objeto – como a judicialização da política, por exemplo –, mas a todos os *objetos* que são submetidos, de uma forma mais larga, ao Judiciário. A pesquisa para sua verificação depende de dois olhares: um *quantitativo* e outro *qualitativo*. O primeiro diz respeito à quantidade de ações que são submetidas ao Judiciário; o que reflete em uma maior participação desse terceiro Poder na vida da população. No Brasil, estudo de Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho (1999, p. 02) demonstra o exorbitante crescimento quantitativo de demandas judiciais ajuizadas, as quais passaram de 350 mil em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998, dez anos após a promulgação da Constituição. Com isso, é possível verificar que o fenômeno da judicialização, no aspecto quantitativo, mostra-se presente.

O aspecto *qualitativo*, por seu turno, refere-se à *forma* como o Judiciário julga as questões a ele submetidas. Diz respeito a uma dupla ampliação: a) *dos temas a ele submetidos* – não em relação à quantidade de ações, mas, sim, à gama de *assuntos* (morais, políticos, religiosos, etc.) que passam a ser conhecidos – e b) *da maneira de julgamento* dessas mesmas questões antes não conhecidas.

A título de exemplo do item 'a', é possível se lembrar que, até pouco tempo no país, o Judiciário não conhecia questões intrínsecas ao mérito administrativo – afetas somente à Administração. O que foi modificado; havendo atualmente diversos julgados que adentram no

mérito quando se mostra desarrazoado[65]. Também se verifica, relativamente ao item 'b', uma participação maior dos juízes na identificação da *moral social*[66]. Assim, como será demonstrado mais adiante, o surgimento de um novo constitucionalismo permite a constatação de mudanças nas diversas matrizes hermenêuticas; fato que também corrobora para a judicialização, pois aproxima o magistrado dos fenômenos sociais.

Tanto a judicialização *quantitativa* quanto a *qualitativa* demonstram aumento correlato da *importância social* do Judiciário em face de estar cada dia mais jungido à vida da população. É, pois, *fato* – observável sociologicamente. Constitui "um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário" (BARROSO, 2010, p. 9). Não se trata de uma postura do órgão julgador, mas de uma *realidade* constatável. Esse fenômeno envolve o *aumento de situações* da vida nacional que o Poder Judiciário passa ter de se pronunciar. Algumas delas envolvem aspectos morais não socialmente estáveis (dissenso moral razoável), outras atravessam casos difíceis (*hard cases*), outras, por outro lado, são mais fáceis e, por isso, tranquilamente resolvidas.

José Ribas Vieira e outros (2009, p. 76) delimitam três dimensões da judicialização: a dimensão *institucional*, a *sociológica* e a *lógico-argumentativa*. A primeira, diz respeito à transferência decisória do Executivo e Legislativo para o Judiciário, o qual passa a rever,

---

[65] Por todos, os dois precedentes seguintes: EMENTA: (...) PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. (...) POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO. (...) 2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao *princípio da razoabilidade*. Lições doutrinárias. 3. Isso se dá porque, ao extrapolar *os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade*, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput). (...) (REsp 778648/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 01/12/2008). (grifos não originais) e EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. (...) CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. (...) AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA MORALIDADE. (...) 1. É cediço que o controle judicial do ato administrativo deve se limitar ao exame de sua compatibilidade com as disposições legais e constitucionais que lhe são aplicáveis, sob pena de restar configurada invasão indevida do Poder Judiciário na Administração Pública, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes. 2. Desborda do juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo, exercido privativamente pelo administrador público; a fixação de critérios de correção de prova de concurso público que se mostrem desarrazoados e desproporcionais, o que permite ao Poder Judiciário realizar o controle do ato, para adequá-lo aos princípios que norteiam a atividade administrativa, previstos no art. 37 da Carta Constitucional. (...) (RMS 27566/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 22/02/2010).

[66] Em uma sociedade pluralista não há uma única moral social, mas uma convivência de diversos aspectos morais admitidos. Porém, isso não leva à constatação de que inexistem consensos sociais mínimos que possam ser identificados. Por isso, utilizou-se a expressão moral social.

inclusive, as regras de atuação democrática. A segunda, perpassa a solução de conflitos coletivos com o escopo de agregação social e promoção da cidadania realizada pelos magistrados. A terceira, transfere a lógica da argumentação política para a lógica jurídica, no que chamaram de "domesticação da política" (*Idem*).

Para Luiz Werneck Vianna e outros (1999, p. 47-51 e 149-160), a judicialização ocorre nas relações privadas, nas relações públicas, como também nos reflexos das decisões com viés político. Nesse contexto, tanto as *relações sociais* quanto a *política* podem ser objeto do fenômeno ora discutido. A primeira, também nomeada como *judicialização das relações sociais* por se referirem à crescente invasão do direito na vida social, na investigação de Werneck e outros (*Idem*, p. 153-156), tem seu caminho ditado pelo movimento de autorreforma do Judiciário, em que a criação dos Juizados Especiais é um "divisor de águas".

O segundo objeto que pode ser judicializado é a política, por isso ***judicialização da política***. Fenômeno que tem ganhado aspectos de universalização; é corrente nos países de democracia avançada como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e Estados Unidos (VIANNA *et al*., p. 11) .

É processo mais restrito que a judicialização como um todo; abarca o aumento da importância do Judiciário no *jogo político* e na *divisão do poder estatal*. Rafael Favetti (2003, p. 34) o conceitua como "o fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria (arena política) para uma arena jurídica", o qual "é típico de Estados com separação de poderes e significa expansão do papel do Judiciário no sistema de Poder". Ran Hirschl (*apud* VIEIRA *et al*., 2009, p. 78) o identifica como "judicialização da megapolítica", segundo o qual "é possível verificar a transformação das Cortes Constitucionais em uma parte crucial do aparato nacional de tomada de decisões políticas em seus respectivos países".

A judicialização da política ocorrerá quando forem verificados uma ou ambas as hipóteses identificadas por Ariosto Teixeira (2001, p. 43): a) "Tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo de decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas" ou b) "negociações não-judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais".

Para Neal Tate (1995, p. 30), o Judiciário, no fenômeno ora estudado, passa a ser utilizado como um recurso das minorias parlamentares contra as maiorias, como armas da oposição no jogo político. Da mesma forma, os sindicatos (confederações de classe), utilizam-se da justiça para buscar seus interesses corporativos (VIANNA *et al*., 1999, p. 57-58). Também os partidos políticos, por seu turno, procuram "instituir no Judiciário uma arena alternativa à democracia representativa" (*Idem*, p. 57-59).

Fenômeno que não se restringe ao país; é universal. Mas quais são suas *causas*? Marcus Faro de Castro (1997, p. 147-151) aduz algumas situações que são propulsionadoras do fenômeno, entre os quais: constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial; o resgate da proteção dos direitos humanos; o exemplo dado pelos EUA, impulsionado pela Corte Warren; a tradição européia de controle concentrado de constitucionalidade.

Nessa senda, a judicialização da política é provocada por *causas políticas* e *jurídicas*. Entre as causas políticas, além das já citadas, estão: a) o *descrédito* nas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2008, p. 103), b) "a *crise de representatividade*, *legitimidade* e *funcionalidade* do Poder Legislativo" (BARROSO, 2009b, p. 19) e c) a *morosidade* das instâncias políticas tradicionais e "sua incapacidade de realizar propósitos tão audaciosos de uma Constituição", fazendo com que o judiciário passe "a ocupar espaços vazios" (RAMOS NETO, 2009/2010, p. 7). As causas jurídicas serão expostas no decorrer do capítulo, especificamente na investigação de como o neoconstitucionalismo cria um novo cenário na relação dos Poderes, item 2.3.

Ernani Rodrigues de Carvalho (2004) identifica, por sua vez, seis *condições* para o surgimento e a consolidação desse fenômeno: um sistema político democrático; o princípio da separação de poderes; o exercício de direitos políticos; o uso dos tribunais, em alguma medida, pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias.

É de se evidenciar que, uma vez estando mais inserido nas discussões políticas, sociais e morais, o Judiciário ganhe espaço na formulação da democracia brasileira. Portanto, a judicialização (de qualquer objeto social) é *fato* e, por isso, não se confunde com o ativismo judicial, que é uma *postura*, uma *forma de agir* dos magistrados. Neal Tate (1995, p. 27 e ss)

demonstra que são fenômenos distintos. O ativismo judicial "é possível em um cenário ausente de judicialização da política e vice-versa" (POGREBINSCHI, 2000, p. 123).

Dessa forma, ***ativismo judicial*** se mostra como um fenômeno bem distinto da judicialização. Ele nasce no fim do constitucionalismo liberal e início do constitucionalismo social, cujo marco temporal foram as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Mas ganha espaço após a Segunda Grande Guerra, sobretudo nos EUA, com o advento da Corte Warren[67], mas, aos poucos, a discussão acerca da *legitimidade* dessa forma de atuação avançou pelo mundo.

Essa expressão é comumente utilizada de maneira ambígua ou, no mínimo, dispersa e desencontrada; às vezes, com destaque para um perfil aditivo inesperado; em outras, com o ênfase na ausência de lei embasadora da decisão; ou também revelando um perfil negativo em relação à declaração de inconstitucionalidade de normas (atuação contramajoritária[68]); ou ainda mostrando estreita relação com a participação ativa do Judiciário na proteção dos princípios constitucionais, através do controle da atividade dos demais poderes (notadamente sobre suas omissões). Por isso, os que se propõem a estudá-lo frequentemente apontam uma dificuldade: "a ausência de uma clara delimitação conceitual da matéria no plano da Dogmática e da Teoria do Direito" (RAMOS, p. 30). Para Vanice Regina do Valle (2009, p. 19), o termo ativismo não encontra consenso[69].

A origem da expressão remonta a 1947, quando Arthur M. Schlesinger Júnior, ao analisar a atuação da Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicou o artigo intitulado *The Supreme Court: 1947* na revista *Fortune* (KMIEC, 2004, p. 1445). O autor, ganhador do Prêmio Pulitzer, encontrou como linha divisória entre o ativismo e a autolimitação a tendência *liberal* ou *conservadora* dos magistrados da Suprema Corte dos EUA. Logo, a própria

[67] A era Lochner já se mostrava bastante interventiva no campo econômico, mas é na presidência do *Justice* Earl Warren, iniciada em 1954, que o ativismo se mostra mais evidente. A análise desses aspectos históricos do direito comparado, além das vicissitudes do conceito de ativismo judical nos EUA serão investigadas no item 2.4 desse capítulo.

[68] Expressão "que designa a circunstância de os órgãos do Judiciário, cujos agentes não são eleitos, poderem invalidar atos do Legislativo, cujos agentes são eleitos pelo povo e representam a vontade majoritária" (BARROSO, 2006, p. 120). Ele atribui a expressão *contra-majoritário* a Alexandre Bickel (*The least dangerous branch*, 1986, p. 16).

[69] No mesmo sentido, Thamy Pogrebinschi (2000, p. 122) e Kmiec (2004, p. 1442-1462).

origem do termo, imbricada com conceitos com nítida distinção naquele país, já demonstra uma das explicações para a dificuldade de sua definição.

No país originário do termo, conforme lembra Keenan Kmiec (2004, p. 1455-1456), *Judge* Joseph C. Hutcheson Jr. foi o primeiro a utilizá-lo em uma decisão judicial, a quem as referências acadêmicas se referem. Após, o termo ganhou repercussão a ponto de haver 227 casos naquele país em que há menção à expressão (*Idem*, p. 1459). No fim de seu estudo sobre a origem e a conceituação do termo, conclui que o termo não encontra uma unanimidade, mas acompanha um número distinto de ideias jurisprudenciais e conceitos acadêmicos (*Idem*, p. 1476-1477).

Da mesma forma, Mark Tushnet (2007, p. 415) ressalta que muitos critérios para conceituar o ativismo têm sido sugeridos ao longo dos anos. Nesse contexto conceitual, William P. Marshall (2002) chega a identificar sete espécies de ativismo judicial: contramajoritário, não-originalista, jurisdicional ou formal, de precedentes, material ou criativo, remediador e *partisan*. O motivo de Marshall identificar tantos conceitos é que, no *common law*, "se adota uma conceituação mais ampla de ativismo judicial" (RAMOS, 2010, p. 110).

Keenan D. Kmiec (2004, p. 1463-1476), apoiado em um viés doutrinário, reconhece cinco principais conceitos: a) prática utilizada para atacar (*strike*) atos emanados de outros Poderes, com constitucionalidade defensável – o que demonstra pouca deferência aos outros Poderes e lesão potencial à separação de poderes; b) estratégia de não aplicação de precedentes – sem muita aplicação no sistema romano-germânico, sobretudo do Brasil; c) conduta de legislar a partir do Tribunal – decisões com perfil aditivo; *juízes legisladores*; d) afastamento dos cânones interpretativos – encontra dificuldades práticas para sua identificação em face da quantidade de métodos existentes; e) julgamento predeterminado a um fim – idem ao anterior.

Não obstante, para o prosseguimento da investigação faz-se mister adotar um conceito para a delimitação do objeto de pesquisa. Antes de conceituar o ativismo, porém, é preciso distingui-lo da judicialização, pois, em que pese serem conceitos próximos, eles não se confundem.

Luis Roberto Barroso (2010, p. 9), em estudo realizado no início de 2010 nos EUA, destacou que a judicialização é *fato* inelutável, enquanto o ativismo é *modo* de exercício da competência judicial. A primeira trata de uma transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – Legislativo e Executivo, com o aumento da

quantidade de matérias sobre as quais o Judiciário passa a ter a última palavra. Não se trata, pois, de uma *atuação política*. O ativismo, como *forma de agir* judicial, por seu turno, refere-se a uma *postura* do Poder Judiciário, a uma *forma de atuação* que decorre de uma *opção política*. Nada mais é que um *comportamento* de seus representantes.

Thamy Pogrebinschi (2000, p. 122), combinando aspectos sociopolíticos e jurídicos, considera como juiz ativista aquele que "a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade".

Na *common law* americana, observa Tushnet (2007, p. 416) alguns estudos utilizam o termo referindo-se à declaração de inconstitucionalidade; quanto maior o número de leis declaradas inconstitucionais maior será a atividade ativista da Corte Constitucional; outros, o aproximam da propensão da Corte para a desconsideração dos precedentes anteriores; para outros, o ativismo se encontra no distanciamento dos julgadores do texto (textualismo) ou mensagem original da Constituição (originalismo). Isso demonstra que o termo ativismo judicial pode ser utilizado de diversas maneiras, *desde que se indique sua utilização*.

O ativismo pode ocorrer tanto na interpretação *legal* quanto na interpretação *constitucional* (TUSHNET, 2007, p. 416). Ou seja, não é só a atuação da Corte Constitucional que pode exercer uma posição ativista, essa maneira de agir pode ser identificada em outros Tribunais e na primeira instância. Em que pese, não obstante, ser mais frequentemente discutido dentro da atuação das Cortes Constitucionais, devido à quantidade de sentenças com perfil aditivo por elas emitidas, extraídas do processo mais elástico de interpretação constitucional.

Pode ser dividido em duas vertentes principais: o *ativismo jurisdicional* e o *extrajudicial*[70]. O primeiro é realizado na prestação jurisdicional dos magistrados, sobretudo da Corte Constitucional; enquanto o segundo, refere-se à forma como os magistrados se portam perante os demais Poderes, a sociedade e a opinião pública, como, por exemplo, quando concedem entrevistas, discursos e outras formas de pronunciamento externo ao processo. É nesta

[70] Como dito, há quem classifique o ativismo em sete dimensões distintas, como William Marshall (2002) ou de cinco formas distintas como Kmiec (2004, p. 1463-1476). Contudo, para o presente estudo a classificação nessas duas vertentes, que não necessariamente ocorrem juntas, basta ao estudo do objeto delimitado.

última vertente que mais se explicita o fenômeno denominado *politização do Judiciário* (VIEIRA *et al.*, 2009, p. 79).

As *causas* para o ativismo judicial são identificadas por Evandro Gueiros Leite (2008, p. 5-6) como: 1) o "incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para balanceamento do sistema"; 2) a insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder; 3) a evolução social, política e cultural dos tempos atuais.

Neil Tate (1995, p. 27 e ss) elenca algumas condições favoráveis para a ocorrência do ativismo judicial, as quais não precisam estar todas presentes para a caracterização do fenômeno: democracia, separação de poderes, sistema de direitos, uso da Corte por grupos de interesse, uso da Corte pela oposição, inefetividade dos instrumentos majoritários, formulação de políticas públicas pelo judiciário, delegação (voluntária) pelas instituições majoritárias.

Então, para o presente estudo, *ativismo judicial* é gênero, do qual são espécies o *ativismo jurisdicional* (restrito a esta atividade típica) e o *ativismo extrajurisdicional* (manifestado fora dos autos judiciais)[71]. Contudo, no presente estudo o termo ativismo judicial será utilizado normalmente para se referir ao ativismo jurisdicional. Quando se quiser fazer referência somente ou também ao ativismo extrajurisdicional a referência expressa será feita. Ao conceito.

Ativismo judicial é *uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).*

O aspecto jurisdicional refere-se à inovação no sistema jurídico por meio da *interpretação* de normas jurídicas extraída diretamente da Constituição – dos seus princípios ou regras – sem a existência de alguma intermediação legislativa. Ou seja, é *criação de direito* pelo

[71] A diferenciação em espécies tem razão de ser em face de análise da postura dos magistrados do Supremo Tribunal Federal realizada no capítulo 3. Nos demais casos, o termo *ativismo judicial* referir-se-á à atividade *jurisdicional*. Ou seja, salvo quando houver referência à comparação entre às atividades intra-autos ou extra-autos judiciais, em que os termos específicos serão utilizados, a expressão *ativismo judicial* será utilizada como sinônima de *ativismo jurisdicional*.

Poder Judiciário em sua atividade típica, que não se limite à produção da norma jurídica individual e concreta (sentença, acórdão ou decisão). Dessa forma, a presente investigação utiliza uma concepção restrita, semelhante ao terceiro conceito de Kmiec (2004, p. 1471-1473) referente à *legislação judiciária*, isto é, à conduta do Judiciário de legislar; acrescido da referência às políticas públicas. Os demais conceitos ou não se aplicam de forma relevante ao *civil law* ou são de difícil constatação empírica; por isso, a opção por um conceito restrito. O ativismo judicial que será pesquisado no presente trabalho restringe-se a este aspecto.

O aspecto extrajurisdicional é demonstrado pelas manifestações públicas dos magistrados, fora de sua atividade típica, incentivando ou desincentivando determinada conduta praticada por membros dos demais Poderes ou por cidadãos; ou pelo trabalho político realizado junto aos membros do Legislativo ou do Executivo com o objetivo de influir politicamente na aprovação de leis/emendas de seu interesse ou de aumento da verba direcionada para si, por exemplo, a aprovação de lei que crie de novos órgãos, ou a aprovação de reformas processuais, ou o aumento do percentual do orçamento que lhe cabe, etc. Concepção que não será estudada no presente estudo.

Importante frisar que o conceito de ativismo judicial não se confunde com o conceito de revisão constitucional (*judicial review*). Em que pese nos EUA haja quem defenda que este é espécie daquele, como William P. Marshall (2002), no presente trabalho a atuação negativa, contramajoritária da Corte Constitucional não será considerada espécie de ativismo. Thamy Pogrebinschi (2000, p. 123), também considera ambos conceitos distintos.

Antes de um posicionamento contrário ou favorável ao ativismo na definição encontrada, é necessário um olhar para o lado oposto, onde se encontram o *textualismo* ou *originalismo*[72]. Um dos defensores vorazes dessa postura é Antonin Scalia (1998, p. 23-25), o qual afirma que a interpretação constitucional deve buscar a compatibilização com o próprio texto da Constituição; um texto não pode ser interpretado nem restritiva, nem extensivamente,

[72] A principal diferença entre os dois conceitos é que o primeiro busca se ater ao texto da norma interpretada, enquanto o segundo busca a mensagem original, a ideia matriz daquele texto quando de sua promulgação. Para o campo de estudo ora proposto, o tema não precisa ser aprofundado sob pena de ampliar em demasia seu objeto. Por isso, foram identificados como similares. Nos EUA, a postura não ativista é defendida por Antonin Scalia, Clarence Thomas, Robert Bork, entre outros.

mas sim razoavelmente para conter todo do seu significado[73]. No Brasil, um dos grandes defensores de uma postura restritiva do órgão julgador, Elival da Silva Ramos (2010, p. 129), destaca que há "uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes".

A discussão sobre a *legitimidade* dessa forma de agir judicial, bem como sobre eventual afronta à *separação de poderes* (art. 2º da CF[74]) e à *legalidade* (art. 5º, II da CF[75]) é um dos pontos que encontra atualmente um rico campo de discussão e divergência teórica.

Há quem defenda que o ativismo judicial é uma invasão do Judiciário na esfera restrita dos demais Poderes, sobretudo do Legislativo, com afronta à separação de poderes, por isso ilegítimo. No Brasil, Elival da Silva Ramos (2010, *passim*) e Denis de Castro Halis (2004, *passim*) têm se destacado nessa defesa. Nos Estados Unidos, um grande defensor de uma postura não-ativista ou textualista é *Justice* Antonin Scalia (1998, *passim*).

Lado outro, há quem advogue o contrário, defendendo que o ativismo é necessário, sobretudo diante da omissão dos demais Poderes em sua obrigação de realização dos direitos constitucionalmente atribuídos. Desse lado, encontram-se Luís Roberto Barroso (2007, 2009 e 2010) e Evandro Gueiros Leite (2008, *passim*). Evandro Leite (2008, p. 2) chega a ressaltar a existência de "um novo princípio de legitimidade ou uma nova idéia de direito, com o juiz como a figura principal, segundo a lição de *Peyrefitte*. Também *Antônio Escostegury Castro*". Destaca ainda que "em muitos países o ativismo já é realidade" (*Idem*, p. 6).

Todavia, há um ponto que preocupa, a princípio, a todos: *existem limites para o Poder Judiciário*? Se existem, *quais são eles*? Essa é uma preocupação comum a ambas as correntes. Os *não-ativistas* buscam a atuação mais próxima do que seria o texto legal, ou seja, para eles a limitação ao ativismo é *total*, enquanto muitos *ativistas* ressaltam a necessidade de alguma forma de limitação ao ativismo (*limitação parcial*) sob pena de se chegar a uma ditadura do Judiciário.

[73] *A text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means*.
[74] Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
[75] Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A resposta a essas perguntas encontra-se em ampla discussão não só no Brasil, mas em todas as partes do globo[76].

Daniel Sarmento (2009, p. 288-300) é um dos doutrinadores de destaque na tentativa de identificar limites ao ativismo judicial[77]; alerta para possíveis riscos da adoção acrítica do modelo neoconstitucionalista, entre os quais destaca: os riscos para a democracia em face da judicialização excessiva da vida social, o perigo da jurisprudência calcada em metodologia muito aberta, problemas que podem advir do excesso na constitucionalização do Direito para a autonomia privada, entre outros. Considerações como estas precisam ser lembradas por serem um contraponto necessário à euforia constitucional dos últimos anos.

Esse é o viés central de todo o presente estudo, *encontrar limites de atuação ao Judiciário*, sem que haja posicionamento previamente contrário ou favorável a uma postura ativista. Mas antes de prosseguir alguns pontos precisam ser frisados. Primeiro, a judicialização, *ipso facto*, não gera o ativismo. Aquela se mostra como um fato inevitável na atual conjuntura constitucional, que pode ser acompanhada de duas posturas opostas dos magistrados: uma *ativista* e outra, contrária, de *autocontenção* (não-ativista). Segundo, no presente trabalho a expressão *ativismo judicial* não terá uma conotação negativa ou pejorativa, nem tampouco positiva ou majorativa, o qual se mostrará somente como um comportamento jurisdicional ou extrajurisdicional dos membros da magistratura, nos termos da conceituação exposta. Sempre que se pretender indicar algum juízo de valor sobre alguma postura analisada, expressões adjetivas serão utilizadas.

Há ainda uma questão *preliminar* que precisa ser abordada, qual seja, se o Tribunal Constitucional é um órgão do Poder Judiciário ou um órgão autônomo afastado da tripartição, discussão que não é desconhecida.

Mauro Cappelletti (1961, p. 38), em clássico artigo sobre o tema, ressaltou que o controle de constitucionalidade não é exercido pelo Judiciário, a Corte Constitucional não pode ser tida como órgão jurisdicional, a qual está posta "fora e acima da tradicional tripartição de poderes estatais, da forma que fora e acima desses, está, no nosso ordenamento, o chefe do

[76] Nesse sentido, já constataram Evandro Gueiros Leite (2008) e Mark Tushnet (2007, p. 415-420).

[77] O autor propõe limites ao neoconstitucionalismo sobretudo no que se refere à atuação judicial como 'judiciocracia', como 'oba-oba constitucional' e como 'panconstitucionalização'. A crítica à atuação ativista do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal se situa no primeiro aspecto.

Estado". No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho (MENDES *et al*., p. 51). Com o mesmo raciocínio, Jorge Amaury Nunes e outros (2010, p. 146-157) argumentam que as diferenças entre a concepção orgânica e funcional da atividade de controle não se confundem, que o controle de constitucionalidade não é atividade jurisdicional, no máximo judicialiforme, e que, por isso, a Corte Constitucional não deveria se enquadrar como órgão do Judiciário, a não ser organicamente[78].

Todavia, na atualidade essa questão não parece suscitar grandes debates, *ao menos no que possam interessar para o objeto do presente estudo*. Além disso, Riccardo Guastini (2009, p. 51) informa que na maior parte dos ordenamentos contemporâneos, o órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade é um *órgão jurisdicional* ou *semi-jurisdicional*. Na Itália, por exemplo, mesmo o Tribunal Constitucional tendo tratamento constitucional em apartado do Poder Judiciário, Guastini (*Idem*, p. 58, tradução nossa) informa que ele funciona como "um genuíno órgão jurisdicional", exercendo o controle, normalmente, "*a posteriori*, *in concreto* e por via de exceção". Em Portugal, Luis Nunes de Almeida (1988, p. 861, tradução nossa) informa que "todos os Tribunais sem exceção são órgãos de justiça constitucional", o que não invalida a existência do Tribunal Constitucional, que funciona não somente como Tribunal de recurso quando questões constitucionais são suscitadas na origem (controle concreto), mas pode levar também a cabo suas funções no controle abstrato[79]. No Brasil, da mesma forma, tem se admitido de forma quase que incontroversa que a atividade de controle de constitucionalidade possui *natureza jurisdicional* (MENDES *et al*., 2007, p. 957 e ss).

O art. 92 da Constituição Federal aloca o Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário. Dentro de suas competências, existem atividades funcionalmente jurisdicionais (de Corte de Cassação, por exemplo) e, outras, de Corte de Constitucionalidade. Apesar de todas as ponderações demonstrando que a atividade de controle, sob o aspecto funcional, não é estritamente jurisdicional e das colocações de que o Tribunal Constitucional é órgão autônomo e

[78] Para aprofundamento na discussão, ver artigos completos de Mauro Cappelletti (1961), intitulado *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*, e de Jorge Amaury Maia Nunes e outros (2010), com título *Em torno e por causa da ADPF 33*.

[79] Cumpre frisar que em Portugal, Espanha, Itália, França e, recentemente, Inglaterra as Cortes Constitucionais não são necessariamente órgãos do Poder Judiciário, são sim Cortes Constitucionais organicamente alheias à estrutura deste Poder. Enquanto na Alemanha e no Brasil essas Cortes pertencem à estrutura do Poder Judiciário. Lembrança feita por Jorge Amaury Maia Nunes (informação verbal).

distanciado da tripartição, o Pretório Excelso será considerado, por força do mencionado dispositivo constitucional, como órgão do Poder Judiciário, independente da função exercida.

Então, para o presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal é considerado órgão do Poder Judiciário, mesmo no exercício das funções de controle como Corte Constitucional. Mas sempre que se pretender diferenciar algum conceito ou explicação que se refira somente à atuação do Supremo como Corte Constitucional, isso será explicitado.

2.2. Crises constitucionais

O constitucionalismo se desenvolve de formas distintas em cada um dos momentos que atravessa: *surgimento*, *estabilização*, *crise* e, para a superação da crise, um *novo modelo (novo constitucionalismo)*. É com o movimento constitucional instalado entre o fim do século XVIII e o início do século XIX que o constitucionalismo moderno estabelece suas bases. Logo, a fase de surgimento do modelo constitucional, já estudada em detalhes no capítulo anterior, tem como principais fontes históricas as Constituições da França de 1791 e dos Estados Unidos da América de 1787 e os respectivos movimentos de limitação do poder estatal que lhes deu sustentação. Aparece como um modelo lógico, com acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista (BONAVIDES, 2009, p. 225).

O período de *estabilização* ou *consolidação* ocorre durante o século XIX. Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 880-885) observam que ocorre, desde o início do século XIX até o início do século XX, a universalização das Constituições escritas e a proclamação dos direitos fundamentais com a forma liberal de preservação da liberdade. A universalização se deu, em grande medida, em face do princípio da supremacia da constituição ter sido alçado ao status de *pedra angular* do sistema (FERREIRA, 1951, p. 132-134), que reforça a necessidade de uma Constituição rígida e, portanto, escrita. Em outro enfoque, Paulo Bonavides (2009, p. 225-226) a *rigidez constitucional* tinha razão de ser na "profunda desconfiança contra o poder", na medida em que a sociedade burguesa e a liberdade individualista precisavam ser protegidas contra os arbítrios do Antigo Regime. Assim, as Constituições se espalham pelo globo e as teorias constitucionais se desenvolvem.

Esse momento se mostra com a ausência de combates, antagonismos e tensões constituintes mais severas, unida a uma homogeneidade do corpo representativo, decorrente do

sufrágio restrito. Os anseios sociais eram controlados pela restrição ao sufrágio, também por isso a sociedade não era vista como plural. A burguesia mantinha a hegemonia do Poder Constituinte em face da desarticulação da aristocracia e da realeza.

Os textos constitucionais eram sucintos, breves. No Estado Liberal, a Constituição, nas palavras de Bonavides (2009, p. 229), "disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos)". Mostrava indiferença de conteúdo em relação às relações sociais, as quais eram distantes do texto constitucional.

Do ponto de vista filosófico, em grande parte do século XIX já reinava o positivismo jurídico, legalista e dogmático. Contudo, as bases filosóficas constitucionais ainda eram jusnaturalistas contratuais, sendo, pois, axiológicas. As duas principais críticas ao constitucionalismo do século XIX foram de Schmitt e Kelsen. Carl Schmitt, em 1928, na sua *Verfassungslehre*, ao analisar a Constituição de Weimar, critica o constitucionalismo liberal e o Estado parlamentar de ideologia burguesa (QUARESMA e OLIVEIRA, 2009, p. 885). É então que a *Teoria Pura* de Kelsen (1994, *passim*) vem à baila[80]. O direito deveria ser pensado independentemente de valores, da política ou de qualquer processo de legitimação[81], sendo que a Constituição não *prescreveria*, mas *descreveria* o ordenamento jurídico.

São as críticas de Schmitt e Kelsen que sustentam a exacerbação do positivismo jurídico, "propiciando uma desvinculação total entre validade jurídica e legitimidade do direito" (QUARESMA e OLIVIERA, 2009, p. 887). A constituição passa então a ser observada como *norma positiva* – fundamental, mas positiva. Supera-se o fundamento filosófico de sustentação das primeiras Constituições, qual seja, o jusnaturalismo contratual.

Uma primeira crise constitucional e, por consequência, do constitucionalismo ocorre com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social no início do século XX. A visão do homem como ser abstrato, as ideias marxistas, as condições de trabalho desumanas, a desigualdade de crescimento, a miséria, entre outros motivos, fizeram surgir o pensamento social que permeou as Constituições desde então. Foi a virada de um constitucionalismo *liberal* para constitucionalismo *social*. Nesse contexto, ressalta Bonavides (2009, p. 231), a Constituição se

[80] É bem verdade que o positivismo jurídico lançou suas bases na supremacia da lei ainda no início do constitucionalismo moderno, mas é a partir de Kelsen que a *Constituição* ganha um viés positivista, pois até então suas bases eram contratualistas e jusnaturalistas.

[81] A *norma fundamental*, cujo viés de legitimação é lógico e pressuposto, tem esteio na *Constituição histórica*.

volve para a sociedade, não mais para o indivíduo; busca "desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individualistas".

Os traços dessa fase são a heterogeneidade, a incongruência e a hibridez dos textos constitucionais. A trégua com vistas a pôr fim nas mazelas do movimento liberal, teve como esteio as *fórmulas programáticas* que gerariam, no primeiro pós-guerra, a crise do *conceito jurídico* de Constituição (BONAVIDES, 2009, p. 232). É nesse cenário que as Constituições do Estado Social se estabelecem, sobretudo de Weimar (1919) e do México (1917). Antes mesmo que fosse possível afastar a baixa efetividade (baixo grau de juridicidade) dessas Constituições *programáticas*, visando à consolidação dos direitos sociais, estoura a Primeira Guerra Mundial e, logo em seguida a Segunda.

É aí que Javier Pérez Royo (2007, p. 795-798) identifica a origem dos Tribunais Constitucionais como uma "*anomalia* histórica presente com projeção de futuro". Isso porque, por detrás do aparecimento desses novos órgãos, houve historicamente na Europa continental uma anomalia no processo de *transição para a democracia* em determinados países, os quais criaram esses órgãos para ajudar nesse trânsito. Por isso, as Cortes Constitucionais não existem em todos os países europeus, senão "unicamente naqueles que tiveram excepcionais dificuldades de transitar do Estado Liberal do século XIX ao Estado Democrático do século XX: Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha" (*Idem*, p. 796).

Além da disseminação dos Tribunais Constitucionais pela Europa ao longo do tempo, outro fenômeno é observável, qual seja, "a conversão em uma instituição cada vez mais importante no Estado Constitucional Democrático" (ROYO, 2007, p. 796). Nos países europeus que criaram Cortes Constitucionais, a *democracia* e da *justiça constitucional* caminharam juntas, "alimentando-se uma à outra" (*Idem*). Por essa razão, o Tribunal Constitucional é uma instituição com *sólido prestígio*, tanto na opinião especializada quanto na opinião pública, destacando-se inclusive nas pesquisas de opinião.

Portanto, o modelo de justiça constitucional europeu é uma especialidade de países com dois traços em comum: a) em todos eles, a Monarquia, por não ter se transformado em Monarquia Parlamentarista no século XIX, seguiu ocupando um papel importante no processo político e b) em todos, viu-se a destruição do regime constitucional no período entreguerras em

consequência da crise deixada pela Primeira Guerra e das dificuldades de transição do Estado Liberal para o Democrático. Os que permitiram um regime parlamentarista foram capazes de operar a transição para a democracia; enquanto os que não o aceitaram tiveram que superar experiências ditatoriais traumáticas.

Então, frisa Royo (2007, p. 797) que os Tribunais Constitucionais europeus são resultado de uma dupla anomalia histórica: "de uma excepcional resistência do Antigo Regime a sua *parlamentarização* no século XIX e de uma excepcional resistência do Estado Liberal a sua *democratização* no século XX". Nos EUA[82], na Inglaterra e nas demais Monarquias Parlamentaristas europeias não foi necessária a criação de um Tribunal Constitucional, pois o *poder político* não impediu a chegada do Estado Democrático; a simples tripartição de poderes permitiu a transição.

Dessa forma, as Cortes Constitucionais surgem – mesmo que como anomalia do sistema tripartido – para assegurar a perpetuação da democracia nos Estados Democráticos. É, pois, um órgão que não é contrário à democracia pelo simples fato de não ser composto, em regra, por representantes eleitos. Não precisa ser um membro eleito para entender que o massacre às minorias é contrários à pluralidade e dignidade valoradas pela sociedade atual.

Nesse sentido, a pesquisa comparada (item 3.3) sobre a realização de direitos pelas Cortes Constitucionais pode mostrar o quão ativo o recém criado Tribunal Constitucional da África do Sul está sendo para a concretização da também recente democracia do país. Este tribunal tem dado belos exemplos ao mundo de uma participação ativa na concessão de direitos aos cidadãos. Um exemplo que demonstra o positivo papel das Cortes para a manutenção do Estado Constitucional democrático.

Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995, p. 2), da mesma forma, informam a necessidade de uma forte atuação judicial na construção das recentes democracias da Ásia, África e América Latina, "dada as circunstâncias sob as quais muitas novas democracias estão sendo construídas, a inclusão de uma postura judicial forte parece quase inevitável para alguns arquitetos governamentais".

[82] Nos Estados Unidos, a Suprema Corte não exerce o controle abstrato de normas nos moldes realizados pelo Tribunal Constitucional no modelo europeu, cujo antecedente histórico remonta à Áustria.

Outra constatação com o mesmo viés vem de Pérez Royo (2007, p. 797-798), quando demonstra que o Tribunal tem a função de evitar o uso indevido do poder "pela maioria, que desconhece os direitos da minoria"; o qual arremata: "é para a proteção das minorias e para a afirmação das formas jurídicas de controle do poder que a instituição se pensa e se desenha". Assim, os Tribunais Constitucionais se mostraram ao longo da história e ainda se mostram como o instrumento de manutenção cotidiana, ordinária, do respeito ao compromisso democrático "por parte dos poderes públicos, evitando a vulneração aberta ou a erosão soterrada dele mesmo por parte da maioria que ocupa o poder".

Nunca é demais relembrar que a democracia não é somente o governo da maioria, mas sim o governo da maioria com respeito às minorias. A democracia, apesar de manter uma conexão intrínseca com o princípio majoritário, não importa em qualquer "absolutismo da maioria", uma vez que "o *direito da maioria* é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o consequente reconhecimento de estas se poderes tornar maiorias" (CANOTILHO, 2003, p. 329). O princípio majoritário não exclui as pretensões das minorias, permitindo o *pensar alternativo*.

Logo, é no momento de crise constitucionalista que alguns instrumentos de superação se desenvolvem. Um deles, como demonstrado, é a justiça constitucional, cujo surgimento ocorre no entreguerras e a consolidação no segundo pós-guerra. O outro se desenvolve no próprio seio das teorias constitucionais, no âmago do constitucionalismo, e caminha ao lado das Cortes Constitucionais, pois é em suas decisões que mais ganha relevo. Trata-se do neconstitucionalismo, cujo estopim foi a *segunda crise do constitucionalismo*.

Até o momento, algumas nuances da *primeira crise do constitucionalismo* foram expostas: desigualdade social não superada pela Constituição e pelos direitos fundamentais clássicos; baixa efetividade das Constituições Sociais, o que provoca uma desconfiança ainda maior nesse instituto; a visão do homem como ser abstrato sem se considerar suas vicissitudes; desenvolvimento da economia; crescimento demográfico; surgimento de uma classe operária ampla subjugada pelos burgueses; tudo isso provoca uma corrosão das bases constitucionais até então construídas. Houve uma transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta de seus direitos, conforme observa José Afonso da Silva (2010, p. 175).

Essa primeira crise se mostra, sobretudo, pela desigualdade entre os cidadãos e pela baixa efetividade das Constituições que se propuseram a vender o problema social. Algumas ideias já permeavam o pensamento filosófico: as *doutrinas marxistas*, a *doutrina social da Igreja* e o *intervencionismo estatal* (SILVA, 2010, p. 175); sem que, contudo, mostrassem alguma solução concreta. Com isso, as ditaduras totalitárias ganharam espaço na Europa, impedindo que o desenvolvimento das teorias constitucionais pudesse superar essa primeira crise; pois a Primeira Grande Guerra foi inevitável. No período entreguerras não houve grandes mudanças no cenário exposto e logo em seguida a Segunda Guerra se inicia.

No segundo pós-guerra, surge um novo panorama e, com ele, a *segunda crise do constitucionalismo*. O mundo estava chocado com as barbáries da guerra. Seres humanos foram reduzidos a objetos – ou menos que isso. Foi na Europa continental, em países cujo desenvolvimento do Estado de Direito estava mais desenvolvido, que ocorreram as maiores atrocidades contra indivíduos. O legislador mostra seu lado mais obscuro; cria leis distantes de um ideal social, dos valores capitais da sociedade.

Alemanha, Itália e Espanha são grandes exemplos da exposição à legalidade injusta e totalitária. Foram esses países com forte tradição jurídica que "presenciaram as maiores perversões de interpretação e aplicabilidade do modelo constitucionalista" (QUARESMA e OLIVEIRA, 2009, p. 880-881).

As Constituições precisariam dar conta, além dos problemas anteriores, da estabilização dessa paisagem e, principalmente, de evitar a ocorrência de novas opressões humanas. Portanto, a segunda crise constitucional demonstra um somatório de problemas constitucionais anteriores e posteriores à Segunda Guerra. É, pois, mais significativa que a anterior e, por isso, coloca em cheque a ideologia constitucional nos moldes até então postos.

Nesse ponto é preciso parar para dividir o andamento do estudo e direcionar as respostas aos campos certos. As digressões acadêmicas e jurisprudenciais formuladas como resposta a esta última crise atualmente são condensadas em uma teoria constitucional nomeada neoconstitucionalismo, a qual será verticalizada no item seguinte. Por isso, a análise histórica das crises constitucionais se encerra nesse momento. Contudo, há que se ressaltar ainda que alguns teóricos entendem que o momento atual reflete também uma crise, não constitucional, mas do próprio ordenamento jurídico.

Ao analisar esta última, Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 7), após visitar autores como Celso Lafer, Arthur Kaufmann e José Eduardo de Campos Faris, conclui por um diagnóstico unitário entre eles, qual seja, "a situação é de crise nos ordenamentos jurídicos, que parece coincidir com a crise do Estado, com as respostas, ou com a qualidade das respostas que o Estado atual tem dado ao cidadão". Há, pois, uma sensação que o Estado passa por uma crise que se mostra na produção das respostas que possam apaziguar as expectativas da sociedade.

Luigi Ferrajoli (2009, p. 20-22) demonstra o atual estado de crise dos modelos de Estado de Direito: o vetusto *Estado Legislativo de Direito* e o mais recente *Estado Constitucional de Direito*. O *princípio da legalidade* é colocado em cheque pelo Estado Constitucional em face do encontro de um novo parâmetro de legalidade não mais somente *formal*, mas também *substancial* (valores constitucionais); o que coloca em cheque a racionalidade do sistema. Unido a isso, a própria *racionalidade do sistema* legalista não se sustentou, visto que as leis, em todos os ordenamentos avançados, agora contadas por dezenas de milhares, estão formuladas uma linguagem intrincada e tortuosa dando lugar às vezes "a intrincados enredos e labirintos normativos" (*Idem*, p. 20, tradução nossa). O *Estado Legislativo de Direito* não se sustentou.

O *Estado Constitucional de Direito*, por sua vez, se encontra com a representatividade política de alguns órgãos comunitários dotados de algum poder normativo e, lado outro, com a colocação à margem dos limites do Estado de grande parte dos centros de decisão de natureza pluralista (FERRAJOLI, 2009, p. 21). A abertura constitucional pode criar uma confusão de fontes que resulte em uma forma de dissolução da modernidade jurídica. Somado a isso, o processo de integração econômica mundial (globalização) demonstra um vazio de Direito Público, produto da ausência de limites e regras capazes de controlar tanto os Estados com maior poderio militar quanto como os grandes poderes econômicos privados (*Idem*, p. 22).

Ivan Simões Garcia (2009, p. 298), por seu turno, identifica uma crise sem precedentes na Constituição, com reflexos dramáticos no Brasil: "uma crise de incapacidade para a resolução de problemas específicos de adequação do caso concreto à norma"; "uma crise de legitimidade de suas normas e postulados, levando a fenômenos que variam desde a anomia, até a inefetividade do direito" e "uma crise de imaginário, causa de consequência das duas outras crises, refere-se à reprodução de um sentido comum teórico que enclausura os atores do Direito".

Também sob um olhar interno, Paulo Bonavides (2009, p. 383), com sua peculiar perspicácia, aduz que "a crise da estabilidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas a da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis".

A saída para essa *tensão* passa pela apresentação de soluções teóricas que contenham não só uma resposta imediata à questão formulada, mas sim uma *teoria* filosófica ou jurídica que passe pelo embate dos críticos e, com isso, se sustente com clareza.

O principal dilema que aflige o Direito Constitucional contemporaneamente – não somente no Brasil, mas em todo o mundo ocidental – passa por dois pontos: 1) a atuação ativa do Poder Judiciário, com sua maior participação tanto na vida da sociedade quanto na política e 2) a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter prestacional ou sociais.

O presente estudo tem a pretensão de verticalizar na investigação teórica desse problema com escopo de propor soluções – ou somente organizar as existentes com um novo olhar. Para tanto, no próximo item apresentará as saídas da Filosofia do Direito e do Direito Constitucional para a segunda crise constitucional; no próximo, aspectos da legitimidade do papel atual do Judiciário no panorama constitucional contemporâneo.

Então, no último capítulo, se propõe mergulhar no ativismo judicial, para pesquisar não somente aspectos da legitimidade dessa forma de agir, mas também critérios para sua utilização. É também nesse capítulo que, tão-somente com o objetivo de intensificar a investigação sobre o agir judicial, a questão da realização das normas constitucionais, fundamentais ou não, será tratada, tanto no campo comparado quanto no nacional. Dessa forma, pretende-se ajudar, mesmo que com uma mínima contribuição, na redução da tensão ínsita à crise do direito.

2.3. **Neoconstitucionalismo e o Poder Judiciário**

Neoconstitucionalismo, *novo constitucionalismo* ou *constitucionalismo contemporâneo*[83] são expressões que denotam uma mudança de paradigma da teoria constitucional clássica ou

[83] Sobre neoconstitucionalismo, vide CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009; FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad*: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009; CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006, o qual apresenta também as críticas clássicas à concepção; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim*

liberal para seu estágio atual de desenvolvimento. Não existe, porém, somente uma percepção do que vem a ser essa nova ideologia constitucional; isso porque, está em plena fase de construção. Por isso, Alfonso García Figueroa (2009, p. 162, tradução nossa) informa que as teorias que são abarcadas pelo novo constitucionalismo são "parte fundamental de um novo paradigma jurídico *in statu nascendi*, marcado pela integração de posturas heterogêneas".

Por essa razão, uma das obras de bastante difusão na Itália e Espanha, tem como título *Neoconstitucionalismo(s)*, o que denota a existência de diversos olhares para esse mesmo modelo em estruturação. O organizador da obra, Miguel Carbonell (2009, p. 9), em seu prólogo, informa o caráter evolutivo e multidimencional do constitucionalismo: "*no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos*". O espanhol Luis M. Cruz (2006, p. 1) também ressalta a "excessiva amplitude semântica" do termo neoconstitucionalismo. A expressão ainda denota aspectos distintos[84], entre os quais, o *fenômeno evolutivo* do Estado e a *teoria do direito* que subjaz do termo (CARBONELL, 2009, p. 9-10). Ambos serão tratados em conjunto nas linhas seguintes.

Luís Roberto Barroso (2007, p. 21) identifica como marco histórico para o início dessa ideologia, na Europa continental, a evolução constitucional do pós-guerra, sobretudo na

---

de Direito Administrativo. Ano XXIII, nº 1. São Paulo: Editora NDJ, p. 20-49, jan-2007; QUARESMA *et al*. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009, p. 42 e ss.; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et. al (orgs.) *Hermenêutica constitucional*: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 215-232.

[84] Paolo Comanducci (2009, p. 82-87), por sua vez, apresenta três concepções para o termo: 1) *teórica*, como uma teoria que descreve e explica as alterações constitucionais e jurídicas ocorridas; 2) *ideológica*, que se distingui do constitucionalismo moderno como corrente de ideologia, colocando "em segundo plano o objetivo de limitação do poder estatal" e "em primeiro plano o objetivo de garantir os direitos fundamentais" (*Idem*, p. 86) e 3) *metodológica*, afetando questões conceituais e metodológicas da definição do direito, sustentando a tese de a tese da conexão necessária entre direito e moral. Não se pode esquecer, também, da ideia de *evolução* do constitucionalismo, citada por Carbonell. Já Margarida Camargo e Rodrigo Tavares (2009, p. 358-368) apresentam-no como a) modelo de organização política, b) ideologia ou programa político-constitucional, c) teoria do direito, d) metodologia da ciência jurídica e e) paradigma científico. Luis Roberto Barroso (2007, p. 27), por sua vez, apresenta suas concepções: "(i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito". Para o presente estudo, o neoconstitucionalismo como concepção teórica será condensado e explicado como *pós-positivismo*, pois é a corrente teórica que sustenta aquele segundo a visão não-positivista.

Alemanha e Itália, e no Brasil, a Constituição de 1988. Não obstante, no presente estudo foi possível identificar *quatro marcos históricos* distintos para esse fenômeno no ocidente; a eles.

O primeiro, lembrado por George Marmelstein (2008, p. 3-6), diz respeito ao *massacre de seres humanos* promovido pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial. Esse acontecimento ocorreu com respaldo do ordenamento jurídico alemão, que continha leis como as de *Nuremberg*, responsáveis pela discriminação da minoria judia. A ideologia dominante à época impossibilitava seu afastamento pelo juiz que era somente a *boca da lei*. O pensamento dominante era de que os juízes somente aplicavam o texto da lei; eles eram a "boca que pronuncia[va] as palavras da lei" (MONTESQUIEU, 2002, p. 172). Atuavam, pois, como "seres inanimados que lhe não podem moderar nem a forca nem o rigor" (PIÇARRA, 1989, p. 89).

Não havia na aplicação da norma a busca de parâmetros de justiça. Na concreção do direito, aspectos valorativos (moral) permaneciam afastados. Mesmo que a regra estivesse em dissonância com a justiça, precisava ser aplicada tal como o legislador a promulgou, pois reinava o *mito da lei*, que adquirira "características quase místicas" (MENDES *et al*., 2007, p. 177)[85]. Nesse contexto, a atividade dos juristas se limitava à busca da vontade do legislador (ZAGREBELSKY, 2007, p. 33).

O segundo marco foi a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada em 1948, que simbolizou o nascimento de uma *nova ideologia mundial* muito mais comprometida com os direitos fundamentais. Declaração que inspirou a aprovação de diversos outros tratados, como o *Pacto de San Jose da Costa Rica* e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, ambos de 1966, bem como de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos que se propõem a punir as graves violações a direitos humanos.

O terceiro foi o *Julgamento de Nuremberg*, onde ocorreu a condenação de membros do alto escalão de Hitler ante a acusação de crimes contra a humanidade. George Marmelstein (2008, p. 9) lembra que esse caso simbolizou "o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado". Ele significou a condenação não só dos colaboradores

[85] Sobre a história da construção da lei, inicialmente como ordenação racional dirigida no sentido do bem comum, até chegar ao seu ápice na modernidade, ver Canotilho (2003, p. 713-719). Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2009, p. 6) constata que na família romano-germânica, a lei "foi erigida em princípio fundamental para se chegar às soluções justas".

do Reich, mas também de um regime e de um pensamento jurídico afastado dos valores socialmente relevantes, o positivismo[86]. Condenou não só uma Constituição (Weimar), mas toda uma forma de pensar o direito no mundo ocidental.

Não mais poderiam ser aceitas leis como as de *Nuremberg*, publicadas em 15 de setembro de 1935, propostas pelo Chanceler alemão, Adolf Hitler, entre as quais se destacavam a Lei pela proteção do sangue e pela honra alemã, em que judeus eram proibidos de empregar alemães de menos de 45 anos; ou de se casar com arianos, sob pena de prisão, trabalho forçado ou multa. A justificação de barbáries em nome da lei passou a não mais ser admitida pela sociedade; o *mito da lei* começa a ser questionado. O julgamento simbolizou, portanto, a ruptura com um direito injusto e o início da reestruturação do pensamento jurídico para a inclusão de valores no sistema.

O quarto marco histórico foram *as Constituições* no segundo pós-guerra e a *criação dos Tribunais Constitucionais* que se seguiram[87], cujo retrato mais marcante ocorreu na Alemanha e na Itália. No primeiro país, a principal identificação desse recente pensamento aparece na Lei Fundamental de Bonn em 1949, bem como na criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Na Itália, destaca-se a Constituição de 1947 e a criação da Corte Constitucional em 1956. As Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), conforme assinalado por Miguel Carbonell (2009, p. 9), também demonstram esses novos ventos, mas as duas primeiras são significativas por serem retratos de momentos sociais de países recém devastados pela guerra.

Foram todos esses acontecimentos que propiciaram discussões doutrinárias e jurisprudenciais ao longo de mais de meio século – desde 1948 até os dias atuais, segundo Carbonell (*Idem*) – que refletiram em uma *nova consciência constitucional*: o *neoconstitucionalismo*. Mas a influência das citadas transformações do mundo ocidental foram tão *profundas* que se estendem a *todo o direito*. Para Luis Roberto Barroso (2007, p. 27), denota "um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional". Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 889) vão mais além e chegam a afirmar que o conceito de neoconstitucionalismo transborda a teoria constitucional e passa a ter importância "para o

[86] No mínimo na vertente então dominante de que a aferição moral da norma (sua justiça em concreto) está excluída da apreciação do aplicador – *positivismo excludente*.
[87] Sobre a criação desses Tribunais e o seu papel para a transição democrática, ver importante abordagem de Javier Pérez Royo (2007, p. 795-798) tratada no item anterior.

pensamento jurídico contemporâneo como um todo". Zagrebelsky (2007, p. 34, tradução nossa) também tem a mesma percepção de que é tão substancial que "afeta necessariamente a concepção do direito". O presente estudo se aproxima destas duas últimas visões.

A origem da expressão remonta principalmente às teorias constitucionais *italiana* e *espanhola* (QUARESMA e OLIVEIRA, 2009, p. 887). Atualmente apresenta grandes expoentes na doutrina desenvolvida na Espanha[88], Itália[89], México[90] e Brasil[91]. O termo, contudo, não é difundido com essa nomenclatura nem nos Estados Unidos nem na Alemanha, conforme constatado por Daniel Sarmento (2009), em que pese algumas manifestações nos EUA (*new*

[88] Na Espanha, diversos autores utilizam este termo para conceituar o constitucionalismo contemporâneo; entre os quais: FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad*: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009; FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del Derecho em tiempos del constitucionalismo*. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 159-186; SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2000; CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006;

[89] Na Itália, FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 13-30; GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*: el caso italiano. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 49-74; COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*: un análisis metateórico. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 75-98; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007; Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 65-67), apesar de não utilizar o termo neoconstitucionalismo, refere-se a um novo modelo constitucional na Europa no segundo pós-guerra; para "dar a los derechos un fundamento más sólido que el proporcionado pela ley estatal surgió com la reacción que se produjo, al término de la segunda guerra mundial"; adiante destaca "la reacción contra el positivismo jurídico".

[90] O maior expoente no assunto no México é Miguel Carbonell. Entre seus escritos sobre o tema destaca-se *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 9-12; além de toda a obra organizada por ele, a qual não contempla somente artigos mexicanos.

[91] No Brasil, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XXIII, nº 1. São Paulo: Editora NDJ, p. 20-49, jan-2007; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. *in* QUARESMA, Regina *et al*. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007; MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos*: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *in* QUARESMA *et al*. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 879-891; SILVA, Alexandro Garrido. *Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais*. *in* QUARESMA, Regina *et al*. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 93-128; QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. *Neoconstitucionalismo*: contextualização e perspectivas. *in* QUARESMA *et al*. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 879-891; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et al*. (orgs.) *Hermenêutica constitucional*: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 215-232; entre muitos outros, sobretudo constantes da citada obra organizada por Regina Quaresma e outros.

constitucionalism). Apesar de o termo não ser de uso comum, estes países também vivem nesse paradigma.

Toda essa transformação constitucional e jusfilosófica, cujo início foi destacado, se desenvolveu na segunda metade do século passado. O mundo precisava mudar. O massacre de seres humanos, a falta de conteúdo valorativo das leis a possibilitar sua utilização insensata, a baixa efetividade dos direitos fundamentais, mormente os prestacionais, foram os principais estopins para o surgimento das novas idéias constitucionais. Naquele contexto, "os juristas europeus, especialmente os alemães, passaram por uma crise de identidade, típica de qualquer fase de transição" (MARMELSTEIN, 2008, p. 10).

O ponto de partida dessa ideologia ocorre no Tribunal Constitucional alemão, primeiramente no caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198), em 1958, em que se denotou a Constituição "como ordem de valores ou ordem objetivo axiológica, que conforma a vida social e demanda sua aplicação em todos os âmbitos do direito" (CRUZ, 2006, p. 5). O mesmo autor lembra que o Tribunal já vinha moldando essa concepção em julgamentos anteriores, como nos casos *Sozialistische Reichspartei* (1952), *Kommunistische Partei Deutschlands* (1956) e *Elfes* (1957).

O Tribunal constitucional partiu de uma concepção liberal do direito, com o objetivo de assegurar a liberdade dos indivíduos, para então afirmar que a "Lei Fundamental [Constituição de 1949] não pretende ser 'nenhuma ordem neutra de valores; em seus artigos sobre direitos fundamentais erigiu uma ordem de valores que se manifesta em um reforço fundamental da pretensão de validez dos direitos fundamentais'" (*Idem*, p. 7).

Luis M. Cruz (*Idem*, p. 7-8), continua sua análise do caso Lüth informando que o Tribunal identificou os direitos fundamentais segundo uma estrutura dual: como direitos subjetivos e como *decisões valorativas* que expressam um *conteúdo axiológico de validez universal* que, tomadas em conjunto, dão origem a um *sistema de valores*. Além disso, os direitos fundamentais não poderiam ceder às *leis gerais*, uma vez que ambos estão em uma *recíproca relação*:

> por um lado, na interpretação de um direito há que se levar em consideração os valores protegidos através as leis gerais; por outro lado, na revisão do efeito limitador das leis gerais sobre os direitos fundamentais há de ter em conta o especial conteúdo axiológico do direito fundamental em questão (*Idem*, p. 9-10).

O Tribunal Constitucional estimulou as teorias de Dürig, Nipperdey e Bachof, os quais pretenderam, como a maioria dos doutrinadores que viveram sobre os escombros de 1945, construir uma *ordem jurídica nova* e *melhor*, estabelecendo uma barreira frente a qualquer possibilidade de retorno da situação anterior. O primeiro, em 1958, nos primeiros comentários à Lei Fundamental de 1949, redigiu um trabalho sobre "os fundamentos da nova ordem jurídico-constitucional", defendendo que a Constituição como sistema de valores, assim como seu alcance normativo sobre o conjunto do ordenamento jurídico (CRUZ, 2006, p. 11). Bachof, em 1959, no discurso de posse como Reitor de uma importante Universidade alemã, defendeu igualmente, o caráter axiológico da Constituição.

Com essa base teórica, tanto o Tribunal Constitucional quanto a doutrina alemã criam um ambiente propício para a propensão de novas ideias sobre a Constituição e o sistema jurídico, as quais sustentarão, mais tarde, nas teorias filosóficas do direito de Dworkin de 1967 e Alexy de 1979. Com isso, o entendimento de que a Constituição comporta uma *abertura* do sistema jurídico, sobretudo da Constituição, *aos valores sociais* começa a ser formado.

Na tentativa de condensar e agrupar os pensamentos neoconstitucionais, é possível identificar algumas *características* comuns desse novo pensamento constitucional, quais sejam, 1) o *pós-positivismo*[92], como norte filosófico da Carta, 2) o *Estado Constitucional Democrático*; 3) a *concretização* da Constituição, no que se refere à eficácia de suas normas; 4) a *dignidade da pessoa humana* como valor central do ordenamento e 5) a constitucionalização do direito. As marcas essenciais do *pós-positivismo*, por sua vez, são: a) ampliação valorativa da Constituição e, posteriormente, do sistema jurídico; b) princípios vistos como normas jurídicas; c) distinção entre princípios e regras; d) Constituição como principal sede de princípios e como centro do ordenamento jurídico; e) fixação do conteúdo da norma pelo intérprete e, também em decorrência disso, uma maior participação do Judiciário no cenário nacional. Logo, todas essas propriedades são verificadas em Estados que adotam o neoconstitucionalismo, como o Brasil.

[92] Essa característica não é uma unanimidade entre os doutrinadores do neoconstitucionalismo, para alguns, como Luis M. Cruz (2006, p. XI), há possibilidade desta nova teoria/ideologia constitucional se compatibilizar com o positivismo jurídico em sua versão inclusiva. Não obstante, ao menos no Brasil, a maioria dos doutrinadores aderem ao pós-positivismo como substrato filosófico do neoconstitucionalismo. Esta diferenciação será tratada no item 2.3.1.2.

Nessa mesma seara, Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 888) identificam seis *características* para o neoconstitucionalismo; pede-se licença pela longa citação, mas suas resumidas palavras demonstram com clareza o fenômeno:

> a) a ampliação da fundamentalidade de direitos. Assim, fora os direitos individuais, são previstos outros direitos, como os sociais, que podem vir a ter aplicação direta e imediata, dependendo do teor do dispositivo constitucional; b) a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais, inclusive as normas ditas programáticas; c) a revisão da teoria da interpretação constitucional com a disseminação da diferença entre regras e princípios (Alexy, Dworkin); d) uma relevância maior, em função disto, da jurisdição constitucional, na balança de equilíbrio dos poderes, com um protagonismo maior do judiciário; e) a compreensão de que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais seriam a ponte entre o direito e a moral; f) a constitucionalização do direito, ou seja, a expansão dos princípios e regras constitucionais não só para a aplicação nos vários ramos do direito público, como também no direito privado, como no direito civil e empresarial.

Luís Roberto Barroso (2007, p. 23) apresenta, por seu turno, as seguintes marcas essenciais: a) o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; b) o reconhecimento de força normativa à Constituição; c) a expansão da jurisdição constitucional; d) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. ; e) constitucionalização do Direito.

Já Pietro Sanchís (2000, p. 132) apresenta a visão seguinte sobre o fenômeno:

> "Mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditória, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas"[93].

Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 889-890) observaram que, no caso brasileiro, a inserção do neoconstitucionalismo encontrou dificuldades próprias, como as experiências autoritárias no passado próximo; a dificuldade da redemocratização diante de um desequilíbrio na balança de poderes, com a concentração de poderes no Executivo; a necessidade de afirmação da autonomia dos Estados e Municípios e – para nós a mais grave – as disjunções

[93] Inocêncio Mártires Coelho (MENDES et. al., 2007, p. 120) utiliza as mesmas características de Sanchis e acrescenta uma quinta *mais concretização do que interpretação.*

entre a Constituição democrática e as gritantes desigualdades socioeconômicas. A elas, acrescente-se a grave crise de legitimidade que é enfrentada, desde os primórdios da atual Constituição, pelos órgãos legislativos de todas as esferas da federação.

É tempo de verificar mais afundo suas características. A primeira a ser apresentada será o pós-positivismo, diante de sua complexidade conceitual e de ser, no entendimento ora empossado, pressuposto para a compreensão de algumas das demais.

2.3.1. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico

O objetivo do presente item é a identificação e destrinchamento das características do *pós-positivismo* encontradas no pensamento de autores contemporâneos que se propõem a estudar o tema. Consubstancia-se no pensamento filosófico basilar para o *neoconstitucionalismo*, ou, em outras palavras, é a concepção do neoconstitucionalismo como *teoria de direito*[94]. Adiante, será realizado um retrospecto do *positivismo jurídico* com o escopo de fornecer ao leitor material comparativo em relação à teoria que lhe sucede: o *pós-positivismo jurídico*.

2.3.1.1. Positivismo jurídico

Muitas vezes o direito foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos – a justiça – em nome da segurança jurídica. Mas isso teve uma explicação. Na transição da idade média para a moderna, de meados do século XVIII ao início do século XIX, a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. Buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas.

Com os movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, surgiu também um mito no sistema jurídico: a lei. Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos. A lei e o primado da soberania popular ganham tamanha importância que são alçados a um patamar de dogma (MENDES et al., 2007, p. 176-180).

[94] O neoconstitucionalismo, como teoria do direito, "pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base transformadora" (MOREIRA, 2009, p. 219-220).

Roger Aguiar (2004, p. 146) condensa o pensamento da época ao aduzir que a "colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo, atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo". E qual era o reclamo da sociedade: *a limitação do soberano*, a imposição de balizas às suas arbitrariedades.

A lei passa a ser considerada a expressão máxima da soberania popular. Soberania esta que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. "O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço" (MENDES et. al., 2007, p. 176).

A representação política, nesse contexto, "tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz a um governo representativo" (CANOTILHO, 2003, p. 113). A titularidade do poder passa a ser atribuída ao povo, mas para o seu exercício era necessária a delegação desse poder aos seus representantes, os quais seriam então os únicos legitimados para confeccionar a maior expressão da vontade popular – a lei. Esse pensamento foi imortalizado no art. 6º da Declaração francesa de 1789, o qual dispunha que a lei "é a expressão da vontade geral". E continuava: "Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação".

Com esses fundamentos, criou-se um ambiente extremamente favorável à supervalorização desse diploma normativo. A lei adquire então um novo *status* nunca visto na história. A sociedade necessitava *afastar* a abertura do sistema jurídico *aos valores jusnaturais*, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se *segurança jurídica* e *objetividade do sistema* e o Direito positivo cumpriu bem esse papel.

Essa mudança, decorrente também da estruturação do Estado moderno, ocorreu sobre três pilares. O primeiro refere-se à *posição da norma positiva no sistema*. Como dito, a lei passa a ganhar mais relevância jurídica que os postulados principiológicos, a ponto de afastar os princípios não positivados do ordenamento, ou no mínimo retirar-lhes a força normativa. As normas de conduta passam a ser adstritas à lei, a qual passa a ser o ponto central de conformação da sociedade. Com isso, os códigos são transportados para o centro do Direito.

O segundo trata do *modo de confecção* desse diploma normativo. Antes desse momento, a lei não se formava a partir de construções teóricas, mas sim de um estudo dos casos concretos, fruto do legado romano. A formulação de leis passava por uma minuciosa análise dos casos concretos e das soluções aplicáveis aos mesmos. Na modernidade, as leis adquirem "um caráter de abstração desconhecido em épocas pretéritas, passando a expressar um padrão de comportamento contido em uma relação obrigatória entre uma hipótese abstrata e sua conseqüência" (AGUIAR, 2004, p. 145).

O terceiro é quanto à *forma de aplicação das leis*. A partir de então, a lei passa a prever uma solução *a priori*, sendo aplicada ao caso concreto por meio de um método dedutivo. Passa a ser um "comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo" (AGUIAR, 2004, p. 146). Não permitindo soluções criadas *a posteriori* de sua confecção, ou seja, os efeitos decorrentes da aplicação da norma são conhecidos anteriormente a sua concreção. O que atendia a uma necessidade de proteção dos indivíduos em face dos desmandos dos soberanos absolutistas. Ganha-se em segurança jurídica e objetividade.

Nesse cenário, surge o *positivismo jurídico*[95] que se contrapõe ao jusnaturalismo 1) por valer apenas em *alguns lugares*, ao contrário deste que vale em toda parte; 2) por ser *mutável*, enquanto este é imutável no tempo; 3) por ter *fontes* distintas deste; 4) por ser *conhecido* "através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)", em contrapartida a este que é conhecido através da razão; 5) porque, em seu *objeto*, os comportamentos são por si mesmos indiferentes, "assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo", enquanto neste os comportamentos são bons ou maus em si mesmos e, por último, 6) em face do critério da valoração das ações: aquele estabelece aquilo que é útil, enquanto este, aquilo que é bom.

O direito natural é empurrado "para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX" (BARROSO, 2007, p. 22). O positivismo jurídico surge, então,

[95] O objeto do presente estudo não se aproxima do positivismo jurídico, o qual é trazido para seu interior tão-somente para demonstrar as peculiaridades do pós-positivismo. Por isso, não há qualquer pretensão de aprofundamento nesse campo filosófico. Para aprofundamento da origem histórica e espécies do positivismo jurídico, ver a obra de Noberto Bobbio intitulada *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* (2006, *passim*). Há ainda que se destacar o alerta de Gustavo Biscaia de Lacerda (2009) de que o esforço de buscar um denominador comum para a expressão *positivismo* é um erro em face deixar de lado importantes aspectos particulares de cada teoria ou escola. Todavia, para o presente estudo, com vistas a não perder o foco no objeto proposto, a inclusão de suas várias correntes em uma só roupagem se fará necessária.

em contrapartida ao jusnaturalismo com vistas a buscar a objetividade do sistema e, para tanto, "equipara o direito à lei" (*Idem*). O Direito passa a ser produção da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado através da lei. Conforme Gustavo Biscaia de Lacerda (2009), esse pensamento teve o condão de embasar a superação do jusnaturalismo, a separação do Direito do divino e a limitação do poder soberano pela lei, bem como afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades – como a caça às bruxas, a perseguição aos cientistas, etc. – eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não).

Modernamente, é centrado nas ideias[96] de Augusto Comte e tem em Kelsen e, posteriormente, em Hart seu apogeu[97]. Comte, considerado por alguns, como Gustavo de Lacerda (2009), como o fundador do positivismo, abandona a busca de causas religiosas para centrar seu pensamento na busca empírica nos próprios fenômenos observáveis, propondo a "separação entre Igreja e Estado". O ponto central de sua obra é a tentativa de separar a religião de aspectos racionais (*Idem*).

Hans Kelsen (1994), mais tarde, coroa o positivismo iniciado por Comte com sua *Teoria Pura*, estabelecendo o *positivismo jurídico* ou *juspositivismo* (LACERDA, 2009). Para ele, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do Direito "têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente" (*Idem*). O estudo do Direito deveria ser desprovido de valores; a moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico. Ele não ignorou a carga valorativa que informa o fato jurídico, mas simplesmente ressaltou a necessidade do fenômeno jurídico ser analisado como tal; independentemente de outras áreas do conhecimento.

É de grande importância a posição dos valores na concepção de Direito em Kelsen. Para ele, a norma superior sustenta a validade das normas inferiores, mas até onde; esta cadeia de validade precisa encontrar o elemento de validade em uma última norma (KELSEN, 1994, p.

[96] Impende frisar que não se pretende neste estudo o aprofundamento na contribuição de teóricos positivistas ou na forma como se moldam seus critérios de aferição de validade da norma jurídica. A rápida análise das principais teorias que ora se apresenta é suficiente para o prosseguimento da investigação.

[97] Bobbio (2006, p. 25-130) traça os aspectos históricos, seus representantes e as várias correntes na Alemanha, França e Inglaterra, mas para o presente estudo, os três autores indicados são suficientes para demonstrar a as características do fenômeno.

215-216). Então, o fundamento de validade de todo o sistema se baseia na *norma fundamental*, que se mostra como o fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta, na qual todo conteúdo pode ser inserido no direito; não se confunde com a Constituição que é o conteúdo estático desta norma (*Idem*, p. 217-221). A norma fundamental, pressuposta e dinâmica, se insere no sentido lógico-jurídico de Constituição, enquanto a Constituição vigente, em sentido jurídico-positivo (*Idem*, p. 222).

Assim, a justiça estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do direito aferir tão somente a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo (KELSEN, 1994, p. 225-228). A positivação de uma norma que fosse identificada como válida seria a forma de aferição do conteúdo material do direito – a verificação da validez da norma ocorre por meio de sua compatibilidade com a Constituição. Se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como *reto* e *justo* (KELSEN, 2000).

Em sua ótica, o conteúdo valorativo de uma norma era dado pelo legislador, não cabendo ao hermeneuta a identificação do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta. O ordenamento jurídico, para ele, não contemplava uma aplicação valorativa da norma, ou qualquer pauta de correção. A questão se limitava ao aspecto de validade da lei e não de seu conteúdo. Se fosse válida, deveria ser aplicada conforme o legislador a concebeu. Alfonso García Figueroa (2009a, p. 224, tradução nossa) destaca que, para Kelsen, "o direito pode ter 'qualquer conteúdo'", uma vez que a aferição de legitimidade tem um caráter formal.

Hebert Hart (1996), analisado e contraposto por Dworkin (2002), evolui no pensamento positivista no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma – ponto central do positivismo. A validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Ele também inova ao considerar duas espécies de regras: as primárias, de *obrigação*, dizem respeito ao que as pessoas devem ou não fazer, como formas de controle social; e as secundárias, em que se inclui a *regra de reconhecimento*[98], asseguram que as regras

[98] A regra de reconhecimento é responsável pela identificação de quais *regras de obrigação* serão unificadas de modo a não evitar dúvidas sobre sua aplicabilidade. Ela é um fato, e não uma presunção, como em Kelsen. É uma regra secundária que informa como os juízes reconhecem a norma válida. Há ainda as *regras de alteração* que permitem a inserção de novas regras primárias no sistema e as *regras de julgamento* identificam que indivíduos devem julgar e qual as regras processuais para tanto.

primárias possam ser criadas – se uma norma é válida significa que ela satisfez aos critérios da regra de reconhecimento. Categorias complexas não previstas por seus antecessores. Mas continua a entender o direito distante das questões valorativas ou morais[99]. Após a sua morte, Joseph Raz, seu discípulo, passa a ser o maior expoente vivo do positivismo jurídico.

Carl Schmitt (1961) também advogou contra a admissão da moral na concreção do Direito. Na obra *A Tirania do Valores* (título original: *Die Tyrannei der Werte*) de 1960, o autor defende a ideia de que não é possível ordenar o direito e a política pelos valores, uma vez que estes têm uma forte expressão subjetiva. Critica o crescimento da importância de valores excludentes e de flutuação livre nos contextos jurídico, político e ideológico.

Em suma, a questão central para o positivismo gira em torno da *segurança jurídica*, enquanto o ponto relativo *à justiça* da aplicação de uma norma restringe-se ao aspecto de sua *validade*, sob o prisma *formal* (Kelsen, Joseph Raz, Hart – em sua visão anterior). O aplicador do direito não realiza a verificação se os efeitos, quando da concreção, são bons ou ruins, justos ou injustos, há somente a aferição de sua validade, o sistema não adota uma pretensão de correção. Portanto, os aspectos morais são extrínsecos ao direito[100].

Quanto às suas características, o positivismo, nas palavras de Dworkin (2002, p. 27-28), pode ser resumido em três preceitos chaves, (a) acreditar o direito como "um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público", regras estas que são aferidas quanto a sua validade (*pedigree*); (b) o caso não se encontre uma solução dentro do direito (conjunto de regras) para uma determinado fato, o aplicador da norma deve ir "além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regras jurídica já existente" e (c) dizer que "alguém tem uma 'obrigação jurídica' é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou

[99] Sua posição original foi revista em alguns aspectos em face das fortes críticas de Dworkin, o exposto nesse parágrafo faz parte de sua tese originária, antes da incorporação de seu Pós-escrito à obra *O Conceito de Direito.* A partir de então, ele aceita uma possibilidade da regra de reconhecimento adotar algum aspecto material, substantivo, moral, com o objetivo de evitar as incorreções do sistema.

[100] A inexistência de alguma abertura axiológica na aplicação da norma fez com que normas absolutamente injustas fossem aplicadas pelos juízes sem a possibilidade de sua correção, como as já citadas *leis de Nuremberg*, ou na Itália as *leis facistas*, ou no Brasil os *Atos Institucionais* pós-64. Para Luis Roberto Barroso (2007, p. 22), foram as barbáries promovidas sobre a proteção da legalidade que promovem a decadência do positivismo após a Segunda Guerra.

se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica".

O positivismo jurídico é então entendido como *ciência da legislação positiva*, que "pressupõe uma situação histórica-concreta: a concretização da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa" (ZAGREBESLKY, 2007, p. 33, tradução nossa). Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo jurídico à lei, incluindo os direitos e a justiça. Simplificação que concebe o trabalho dos juristas como mero serviço da lei, com a busca pura e simples da vontade do legislador.

Alfonso García Figueroa (2009a, p. 17, tradução nossa) aduz que o que se modifica com a transposição do direito natural para o direito positivo é o título da legitimação: "já não é a autoridade dos doutores, senão a autoridade da fonte de produção [legislador como único legitimado à produção jurídica]; não a verdade, senão a legalidade; não a substância, é dizer, a intrínseca justiça, senão a forma dos atos normativos".

Noutro giro, impende verificar qual *o papel dos princípios* para essa corrente filosófica. No positivismo, os princípios passam a ter uma natureza *supletiva* ou *interpretativa*, diferentemente da fase jusnaturalista anterior, em que eles poderiam regular a conduta das pessoas. Nas palavras de Mamari Filho (2005, p. 17), a natureza dos princípios gerais é "eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana".

Além dessa função, os princípios também são utilizados para dirigir a interpretação dos operadores do direito, orientar o legislador e também como uma espécie de *lex legum*, garantindo homogeneidade na sucessão das leis. Assim, os princípios entram nos textos legais como *fonte normativa subsidiária*; são inseridos nas normas positivas, bem como nos textos teóricos, mas com uma posição supletiva ou interpretativa. Nessa perspectiva, são verdadeiros "tapa buracos" do sistema (SCHIER, 2005, p. 116).

Zagrebelsky (2007, p. 112) demonstra claramente qual era a posição dos princípios segundo esta corrente. As normas de princípio, contenedoras de fórmulas vagas, referências ético-políticas, formulavam promessas não realizáveis no momento; esconderiam, pois, um vácuo jurídico e "produziriam uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções, etc. Estas normas não poderiam ser alegadas perante

um juiz (...) [pois] aumentariam a desconfiança no direito" (*Idem*, tradução nossa). Sua operatividade como autêntico direito estaria sujeita a uma intermediação legislativa. Ou seja, não se portavam como direitos subjetivos. Portanto, não poderiam ser vindicadas em juízo. Essas normas teriam uma importância "exclusivamente política ou virtual" (*Idem*, p. 113, tradução nossa).

O positivismo teve seus louros ao criar consistentes fundamentos para o direito se estabelecer como ciência e para a efetivação da *segurança jurídica* e da liberdade frente aos desmandos dos reis absolutos; criou limites racionais aos arbítrios do *poder*. Contudo, não conseguiu encontrar soluções diante da "fraqueza da norma para, em dados momentos e sob certas circunstâncias, promover e garantir a justiça" (AGUIAR, 2004, p. 151).

Fica para trás o positivismo acrítico do século XIX – que pregava sua vinculação mesmo quando existia distância entre a representação da realidade e a própria realidade –, que hoje só está presente como um resíduo, "na opinião que, pelo inconsciente geral, têm de si mesmos os juristas práticos (sobretudo os juízes)" (ZAGREBELSKY, 2007, p. 33, tradução nossa).

As fortes críticas dos não-positivistas fizeram com que alguns teóricos do positivismo tentassem adotar sua teoria ao mundo atual. Com isso, ao lado do *positivismo exclusivo*[101] de Joseph Raz, "para muitos o último positivista puro" (FIGUEROA, 2009a, p. 201, tradução nossa), se cria o *positivismo débil*, *inclusivo*[102] ou *includente*, como os de Hart[103] e Luis Cruz, cuja regra de reconhecimento abre a possibilidade de abertura ao sistema moral, relativizando o parâmetro de validade unicamente formal da norma[104]. Há ainda outras vertentes como o *positivismo crítico* de Luigi Ferrajoli que "desenvolve uma teoria particular de direito baseada também no direito constitucionalizado, mas ao mesmo tempo defende que não existe uma vinculação conceitual necessária entre direito e moral" (*Idem*, p. 226, tradução nossa).

---

[101] O positivismo exclusivo, segundo Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 335) é aquele que não admite nenhuma relação conceitual entre direito e moral ou entre o direto tal como ele *é* e o direito tal como ele *deve ser*, cujos representantes são Kelsen, Joseph Raz e Hart (antes de se tornar inclusivo com seu *Pós-escrito*).

[102] Sobre as diferenças entre o positivismo exclusivo e inclusivo v. Alfonso García Figueroa (2009c, p. 184-184, nota 63), título: *La teoria del Derecho em tiempos del constitucionalismo. in Neoconstitucionalismo(s)* de Miguel Carbonell (org.).

[103] Após a inclusão em sua obra do *Pós-escrito*.

[104] Figueroa (2009b, p. 27-28) ensina que essa forma de positivismo abre-se ainda a outras nomenclaturas como positivismo aberto, flexível, ético, dúctil. Há ainda o *positivismo corrigido* de Peces-Barba.

Como lembrado anteriormente em relação às leis de Nuremberg, em nome da lei o direito foi utilizado para a realização de barbáries e atrocidades. O mundo não mais aceitava o império de uma lei tirânica. Alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo.

2.3.1.2. O pós-positivismo jurídico

Um novo pensamento jusfilosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema (FIGUEROA, 2009a, p. 201-251). Decisões flagrantemente apartadas da justiça, como as que permearam o facismo e o nazismo, não mais poderiam ser aceitas. A sociedade percebeu que, "se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos" (MARMELSTEIN, 2008, p. 10). Com isso, cria-se um ambiente propício à transformação; juntamente com o neoconstitucionalismo surge um novo pensamento jusfilosófico: o *pós-positivismo*[105] ou não-positivismo.

Antes de prosseguir é bom que se frise as diferenças entre os conceitos de *neoconstitucionalismo* e de *pós-positivismo*. O primeiro é uma característica comum do constitucionalismo ocidental que tem início no segundo pós-guerra e apogeu na contemporaneidade, enquanto o segundo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. O primeiro traduz uma *ideologia ou metodologia constitucional* que abrange o segundo como pilar de sustentação de algumas de suas posições, mas com ele não se confunde; o *pós-positivismo* é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as idéias neoconstitucionais. Para Barroso (2007, p. 22), "o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo". Em outras palavras, o pós-positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo, pois

[105] O termo foi introduzido no País por Paulo Bonavides em 1995, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional. Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 336) informa que o pós-positivismo ou não positivismo defende a ideia de que "há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça (moral). Sua versão forte, defendida por Alexy e Dworkin, informa que essa vinculação é necessária, deve existir; por isso a negação do positivismo. A idéia fraca ou débil considera a inclusão de elementos morais "desejável ou preferível à exclusão, mas não analiticamente necessária" (*Idem*).

permite repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma[106], a teoria das fontes[107], a teoria da interpretação[108], etc.

Diversas nomenclaturas são utilizadas para este novo paradigma filosófico como *pós-positivismo*, *antipositivismo*, *neopositivismo*, etc[109]. Há ainda versões do positivismo jurídico que pretendem justificar o neoconstitucionalismo, entre as quais, *soft-positivismo*[110], *positivismo inclusivo*, *flexível*, *ético*, *dúctil*, etc. Então, duas correntes podem ser visualizadas: o *neoconstitucionalismo pós-positivista ou não-positivista*[111] e o *neoconstitucionalismo positivista*[112].

---

[106] As normas jurídicas não são mais somente as leis, decisões judiciais, constumes, etc.; a normatividade dos princípios reformula essa teoria.

[107] Os princípios não são mais fontes secundárias, como previa o art. 4º da LICC, porém fontes primárias capazes de regular condutas.

[108] A teoria da interpretação alcança novo *status* ao receber influência da filosofia do direito: "a tópica (e a retomada em se pensar o estudo do casos a partir de problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete)" (MOREIRA, 2009, p. 218). Aspectos que serão estudados nos itens 3.1 e 3.5.2.

[109] Há autores que argumentam no sentido de que o pós-positivismo ou não positivismo seria, em verdade, uma variação do jusnaturalismo. Manuel Atienza (2009) é um deles; no artigo *Es el positivismo jurídico uma teoría aceptable del derecho?* mostra uma conexão entre algumas teses jusnaturalistas e as teorias de Dworkin, Alexy, Carlos Nino e, em alguma medida, Ferrajoli. Luis Prieto Sanchís (2009, p. 423-425) qualifica expressamente Dworkin de jusnaturalista. Alfonso García Figueroa (2009b) também tangencia essa conclusão demonstrando dois tipos de antipositivismo: o interno (pós-positivismo/jusnaturalismo) e o externo (que critica a própria dialética que mantém positivistas e não-positivistas). A outra corrente, que é adotada no presente estudo, é a de que o pós-positivismo é uma corrente eclética que pretende unir os pontos positivos de ambas as correntes e afastar suas inconsitências. É oposto ao positivismo por não sustentar a "separação do direito com a moral e a política"; se afasta do jusnaturalismo por ser fundado "em propostas de incremento da racionalidade, como a festejada ponderação" (MOREIRA, 2009, p. 216).

[110] Apesar de Hart não ser um neoconstitucionalista, sua teoria foi adaptada após as severas críticas de Dworkin (2002). Ou seja, flexibilizou sua teoria com vistas a sustentar as mudanças ocorridas no mundo jurídico contemporâneo, por isso a referência ao seu termo. Hebert Hart (1996, p. 312), utilizou o termo *soft-positivismo* em seu *Pós-escrito*, no sentido de a *regra de reconhecimento* (critério de aferição da validade de uma norma) poder "incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos". Não teve a pretensão de se juntar ao pós-positivismo, mas de responder às críticas de Dworkin. Hart ainda se coloca como positivista (inclusivo), mas já admite uma abertura do sistema jurídico aos valores, ainda que bem mais singela que os pós-positivistas.

[111] Entre eles, Robert Alexy, que concordou com a colocação de seu trabalho na categoria *pós-positivista*, respondendo à questão formulada em entrevista realizada no Ceará em 2003, publicada na *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 4, v. 16, p. 319, out.-dez. 2006, conforme lembrado por Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 9, nota 9) – para José Antonio Seoane (*apud* SILVA, 2009, p. 126) informa que Alexy é o principal representante do neoconstitucionalismo não-positivista; Dworkin (2002, p. 35), que também é adepto dessa corrente, pois propõe um *ataque* ao positivismo, para alguns, como García Figueroa (2009a, p. 216), ele é um antipositivista; Zagrebelsky (2007, p. 33), que apesar de não utilizar o termo, mostra-se um não-positivista; MacCormick (2006, p. XVIII), que, apesar de não ser necessariamente um neoconstitucionalista, declara-se um pós-positivista; entre outros. No Brasil, Luis Roberto Barroso (2007, p. 22), Paulo Bonavides (2009, p. 264), George Marmelstein (2008, p. 11), André

A crise do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões, 1) pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado e 2) pelas as dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista. O positivismo jurídico tradicional passa a não ser capaz "de explicar adequadamente a realidade do direito" (FIGUEROA, 2009a, p. 228-229, tradução nossa).

Autores como Robert Alexy (2008a), Ronald Dworkin (2002), Gustavo Zagrebelsky (2007), García Figueroa (2009a), etc.; entre os nacionais: Paulo Bonavides (2009), Luís Roberto Barroso (2007), André Rufino do Vale (2009), Humberto Ávila (2009)[113], entre muitos outros, entendem o direito segundo esta nova perspectiva. Apesar de não serem linearmente coincidentes seus pensamentos, pode ser identificada uma série de características comuns em suas ideias.

Um ponto de convergência no pensamento desses autores, segundo André Rufino do Vale (2009, p. 47), é que eles "relativizam a separação entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas". Foi visto que uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas. O pós-positivismo tenta firmar bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente.

Rufino do Vale (2009, p. 42), Luís Sérgio Mamari Filho (2005, p. 18), Roger Silva Aguiar (2004, p. 152), entre diversos outros.

[112] Entre os quais, Luiz M. Cruz (2006, p. XI e 62 e ss), que é da corrente de que o neoconstitucionalismo pode ser sustentado pelo positivismo jurídico em sua versão includente ou inclusiva; da mesma forma que Hart, o autor espanhol entende que o critério de validação formal do direito deve abranger uma abertura material, aproximando com isso o direito da moral. Luigi Ferrajoli (2009) e Susana Pozzolo (2009) também são positivistas (moderados) defensores do neoconstitucionalismo. Alfonso García Figueroa (2009a, p. 202, tradução nossa) aduz que segundo o positivismo inclusivo "*é possível* que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico apresente caráter substantivo, moral". O autor critica essa corrente ao destacar que a *mera possibilidade* de correção das normas jurídicas não soluciona o problema, a qual deveria prever uma *necessária* correção. García Figueroa (*Idem*, p. 202-203) vai mais além e explica que existe, junto às estratégias excludentes e includentes, outra forma de reafirmação do ideário positivista que consiste em buscar refúgio em sua própria história vinculada à busca de segurança e certeza.

[113] Ávila (2009, p. 26) propõe um "novo paradigma para a discussão e aplicação das espécies normativas", com algumas críticas substanciais aos trabalhos de Alexy, Dworkin, Esser, entre outros. Contudo, por não apresentar uma oposição frontal a esses trabalhos, foi incluído como pós-positivista.

Em 1967, o norte-americano Dworkin[114] foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. É o próprio autor que, ao iniciar o capítulo sobre a diferenciação entre regras e princípios, demonstra de pronto sua posição antipositivista ao afirmar "quero lançar um ataque geral contra o positivismo" (DWORKIN, 2002, p. 35). Um pouco mais tarde, do outro lado do globo, na Alemanha, Robert Alexy[115] formula sua teoria dos direitos fundamentais, em 1979, também em uma visão não-positivista. Na Itália, Zagrebelsky[116] em 1992 toma a mesma postura.

Nesse ponto, é importante frisar que, apesar do fato de Dworkin ter se destacado como o primeiro autor recente a discutir essa temática, a reflexão sobre a posição dos princípios no ordenamento não deixou de existir anteriormente a ele. André Rufino do Vale (2009, p. 41-61) ressalta a contribuição de Josef Esser, ainda em 1961, para a discussão[117]. Tanto ele quanto Karl Larenz, este com os princípios do direito justo, tiveram forte influência nas ideias de Alexy. Também destaca que Roscoe Pound traz nítidas influências sobre o pensamento de Dworkin (*Idem*, p. 41, nota 19). Contudo, ante a delimitação do objeto do presente trabalho, a contribuição desses autores não será analisada.

No presente trabalho, serão analisados centralmente os dois autores mais influentes sobre o que se convencionou chamar de pós-positivismo, Alexy e Dworkin. A presente análise – sem a pretensão de completude, frise-se – tomará como base o pensamento de Alexy, por entender que sua teoria é mais completa que a de Dworkin, sobretudo ao não identificar uma única resposta correta como decisão jurídica.

Para Barroso (2007, p. 22), o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a "confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo". Da mesma forma, para André Rufino do Vale (2009, p. 31) e

[114] O primeiro trabalho de Ronald Dworkin sobre o tema foi *The model of rules* publicado em 1967. Sua teoria foi aprimorada no texto *Taking rights seriously* de 1977. A tradução deste para o português ocorreu em 2002 pela Martins Fontes com o título *Levando os direitos a sério*.

[115] Robert Alexy foi posterior; seu primeiro trabalho sobre a temática foi publicado em 1979, *Zum Begriff des Rechsprinzips*. Trabalho que foi incorporado à obra *Theorie der Grundrechte*. Tradução para o português: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

[116] O título original de sua obra sobre o tema, publicada em 1992, é *Il Diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*. A tradução para o espanhol se deu sob a rubrica *El derecho dúctil*, cuja primeira edição é de 1995. Não há tradução para o português.

[117] Pietro Sanchís (2000, p. 17) lembra que desde a época das codificações existem posicionamentos doutrinários que informam que o direito não se compõe somente de normas.

para Manuel Atienza (2004, p. 309), o neoconstitucionalismo combina aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico em uma só corrente. É, pois, uma posição eclética que tenta conciliar as duas correntes antagônicas anteriores.

Sobre a confluência das duas correntes anteriores, André Rufino do Vale (2009, p. 33) chega a duas conclusões: 1) a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo ou do jusnaturalismo, tampouco do realismo jurídico e 2) aspectos diferentes de cada uma das teorias são imprescindíveis para poder compreender as normas jusfundamentais no fenômeno constitucional contemporâneo. Assim, conclui o autor que "a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria as mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas" (*Idem*).

Então, na contemporaneidade a longa discussão entre positivistas e jusnaturalistas não tem mais razão de ser. Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 7) aduz que o pensamento jurídico contemporâneo está *além* da querela entre jusnaturalismo e positivismo jurídico[118]. Assim, o foco central da filosofia do direito não é mais a verificação de qual das teorias passadas deve prevalecer. O que se busca atualmente são as bases de uma nova teoria: o pós-positivismo.

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) *abertura valorativa do sistema jurídico* e, sobretudo, *da Constituição*; b) *princípios como categorias de normas jurídicas*; c) *princípios e regras considerados como espécies do gênero norma*; d) *Constituições como sede de princípios e centro dos sistemas jurídicos* e e) *o aumento do foco político no Poder Judiciário* em face da alteração em critérios hermenêuticos.

Um grande desafio está lançado, o de buscar a justiça dentro de uma sociedade pluralista. Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (VALE, 2009, p. XXI), "*se a sociedade é plural, a Constituição deve ser pluralista*", a qual tem na justiça seu referente principal. Esse é, em essência, o pensamento central do neoconstitucionalismo, cuja matriz filosófica será agora esmiuçada.

[118] No mesmo sentido, Alfonso Garcia Figueroa (2003, p. 197, tradução nossa) ensina que há uma "superação do paradigma que rege a dialética positivismo/jusnatualismo em favor de um modelo neoconstitucional". André Rufino do Vale (2009, p. 32) pensa da mesma forma, pois informa que os direitos fundamentais "são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais)".

2.3.1.2.1. Abertura valorativa da Constituição e do sistema jurídico

Por trás de toda *norma* há *valor*. Na configuração do *dever ser* positivado em uma norma jurídica há um plexo de valores que lhe deram origem. O que não significa dizer que *direito* se confunde com a *moral*. Miguel Reale (2006, p. 42), ao expor a teoria do *mínimo ético*, informa que o direito "representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver". O direito é, portanto, parte da moral, armada de garantias específicas (*Idem*).

Todavia, existem atos juridicamente lícitos que podem não o ser do ponto de vista moral, podem ser imorais ou, no mínimo, amorais. Então, apesar de ser influenciado pela moral – com acréscimo de garantias, ou sanções, que lhe conferem o caráter obrigatório[119] –, há que se distinguir um campo de direito que não se confunde com a moral (REALE, 2006, p. 43). O primeiro é *deontológico* enquanto o segundo é *axiológico* (FIGUEROA, 2009a, p. 125).

Mas como a moral se interrelaciona com o direito? Alguns valores socialmente relevantes são recepcionados pelo direito e, a partir de então, ganham coercibilidade e todas as suas demais características. Esse processo se dá em regra segundo ações racionais de escolha pelo legislador, as quais apresentam margens de decisão livre, ou seja, pode não haver identidade com a moral, como nos casos das leis injustas já citadas. Mesmo assim, Reale (2006, p. 33-34) assevera que a obrigatoriedade do direito vem *banhada de exigências axiológicas*, uma vez que os valores sociais fizeram parte da confecção da norma jurídica, isto é, "toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ter sido reconhecido *um valor* como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório".

É nesse sentido que Alexandre Walmott Borges (2009, p. 58) enuncia que é uma trama de valores sociais que reflete nas normas jurídicas. A coletividade expressa opiniões comuns sobre os valores relevantes para si, os quais servem como fundamento para a produção de textos normativos. A produção normativa, contudo, não decorre de fatos, ou se um simples recorte de

[119] Não há espaço para longas divagações entre direito e moral, como diferenciar a coercibilidade do direito e a impossibilidade de coerção da moral, ou aprofundar entre a característica jurídica de heteronomia e a autonomia da moral em face da impossibilidade de sua imposição por terceiros. Os aspectos que serão apresentados são oo considerados estritamente necessários à análise da ampliação do conteúdo axiológico do direito e, mais especificamente, da Constituição.

condutas, mas antes, de "uma valoração que é estabelecida sobre os fatos"; então, "as normas jurídicas são decorrência de valorações comuns sobre fatos/condutas, reputados valiosos (...) e aí a sua inserção no ordenamento" (*Idem*, p. 59). Dessa forma, os valores jurídicos indicam, também, "as finalidades a serem alcançadas pelo ordenamento", uma vez que expressam valores sociais como justiça, segurança, igualdade, paz. (CASTILHOS, 2009, p. 778).

Visto que os valores integram o direito no momento de sua constituição, é importante a busca por um significado de *valor* para, então, verificar como ele passa a ingressar no ordenamento, em um segundo momento, por intermédio dos princípios. Robert Alexy, embasando-se nos ensinamentos de von Wright, afirma que os conceitos axiológicos são aqueles que giram em torno do que *é bom*, do que *tem valor*. São utilizados quando algo pode ser qualificado como bom; "como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito" (ALEXY, 2008a, p. 145).

Alexandre Walmott Borges (*Idem*, p. 64) informa que "o valor é dado pela vivência que dele temos, daquilo que é valioso"; por isso, os valores são relações de adaptação, em que se estabelece o valor positivo e o valor negativo. Então, reconhecer algo como valioso "é emitir juízo de valor sobre alguma coisa, é dar valor a alguma coisa", de forma a polarizá-la como boa ou ruim (*Idem*, p. 66). Relaciona-se com o complexo de sensações decorrente da *relação* do sujeito com os objetos que o circundam. Trata-se de juízo sobre se algo tem ou não valor para determinado agente. Portanto, valor *é relacional*, depende da relação do sujeito com o objeto. É nessa relação que se descobre o que *é bom*, ou *é justo*, ou *tem valor*. Valor é a *qualidade* da coisa registrada para uma determinada pessoa, o sujeito.

Identificar o que é bom ou justo para determinada sociedade, em seu turno, é exatamente aferir os valores de seus integrantes. Com apoio em Pontes de Miranda, Walmott Borges (*Idem*, p. 66) conclui que os valores são "escalas de ajustabilidade – em relação ao mundo – dos sentimentos do sujeito, numa escala que algo tem valor para alguém, no momento em que influencia a existência de outro, torna-se a representação e ajustabilidade objetiva". Assim, os *valores sociais* são estimativas (valorações) de objetos feitas por vários atores da sociedade, somadas às valorações dos demais atores. Esse plexo de valores é internalizado no direito, em um primeiro momento, pelo Constituinte/legislador. Logo, os valores sociais são os fundamentos do *dever ser*.

É sabido que o Direito é uma *ciência social axiológica e normativa* (prescritiva). Miguel Reale já ressaltava em sua *Teoria Tridimensional do Direito* a relação dos *fatos* com *valores* e com as *normas*. Tanto no positivismo como no pós-positivismo não se modifica a noção de que os valores ingressam o direito de alguma forma[120]. A diferença entre as duas correntes, no que se refere ao ingresso de valores no sistema, é que no primeiro[121] *os valores ingressam nas normas tão-somente por meio da atividade legislativa*, ou seja, a valoração entre o que é bom ou não para determinada sociedade em determinado contexto social é aferida pelo legislador. Isto é, a moral é elemento externo ao direito, uma vez positivada não mais interage com este.

Nesse ponto calha uma observação: o legislador não tem a *obrigação* de se pautar nesses valores para construir a norma jurídica. Pode confeccioná-la independente deles, pois a regra de reconhecimento não contém um referencial valorativo, visto que usa um critério formal de validez. Mesmo em descompatibilidade com os valores sociais, se a regra tiver sido posta deve ser aplicada. Portanto, não é cabível ao juiz no momento de sua atividade de interpretação/aplicação aferir a compatibilidade da norma com os valores sociais.

O magistrado somente aplica a lei, buscando a *vontade do legislador*, sem verificar se ela é boa ou não, se é justa ou injusta; não há aferição do conteúdo valorativo pelo aplicador da norma. A velha máxima de Montesquieu de que o juiz é a *boca da lei*, se impõe. Com essa concepção, o positivismo jurídico não foi capaz de propiciar justiça às relações sociais. Um *vácuo de justiça* entre a confecção da norma e sua aplicação tornou-se o principal problema desta argumentação filosófica. "Só uma forma inacreditavelmente tosca de positivismo jurídico – uma forma que aliás foi repudiada por Herbert Hart, o maior positivista de nosso século – poderia produzir esse tipo de isolamento" (DWORKIN, 2006, p. 57-58).

O pós-positivismo, ao contrário, cria sustentação jusfilosófica para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito. Isso se dá com a *abertura valorativa do sistema*. Nesta nova corrente, a forma e o momento da inserção dos valores no sistema são alterados; *os valores permeiam o sistema tanto no momento da confecção da norma como durante sua aplicação*. Os princípios são os carreadores dos valores nessa

[120] Não se está a afirmar que os valores são intrínsecos ao direito segundo a visão positivista – pois não o são. Nessa corrente, os valores são externos ao direito. Contudo, no momento da escolha de qual conduta será permitida e qual será proibida são os valores dão o norte ao legislador.
[121] Aqui a referência é ao positivismo clássico, exclusivo.

concretização. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido” (ALEXY, 2008a, p. 153). Assim, os valores servem-se dos princípios para oxigenar o sistema e, com isso, direito passa a conter uma *pretensão de correção*[122]. Até mesmo as regras, sobretudo as que contenham *conceitos jurídicos indeterminados* mas não somente elas, necessitam de um juízo de valor prévio do magistrado para a sua concreção (LARENZ, 2003, p. 406-413).

Com isso, o operador do direito pode identificar princípios norteados em valores relevantes e aplicá-los concretamente, mesmo que a lei não os contemple de pronto ou lhes seja contrária. Assim, é possível afastar determinada norma quando de sua aplicação em concreto com o escopo de se buscar uma solução justa. Os princípios jurídicos são aceitos, então, como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas” (MENDES et. al., 2007, p. 121).

Sobre o tema, o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

> O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender *uma leitura moral do Direito*, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (grifos não originais) (BARROSO, 2007, p. 22).

Está posta a abertura valorativa do sistema jurídico. Robert Alexy (2008a, p. 29), ao enfatizar a necessidade de uma teoria dos princípios, afirma que um dos objetivos de sua pesquisa “é a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais”. Assim, o novo pensamento se afasta das decisões que tentam negar um mínimo de valoração quando da concreção das normas. Não se admite mais o isolamento do aplicador do direito em relação aos valores que respaldam e sustentam o direito. A leitura axiológica do direito em busca de ideais de justiça são admitidos e necessários na atual conjuntura. Decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo as opressoras da dignidade do ser humano.

[122] Sobre a pretensão de correção do direito, vide artigo de Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 336-340) com o título *Direito, correção normativa e a institucionalização da justiça* que examina com profundidade a obra de Alexy intitulada *La institucionalizacion de la justicia*. A pretensão de correção refere-se à possibilidade de um enunciado normativo ser fundamentado ou justificado, com vistas a verificar se “o ato jurídico é material e procedimentalmente correto” (ALEXY, 2005, p. 35).

Assim, a lei dá espaço aos princípios e estes, aos valores. Os princípios passam ao centro dos sistemas constitucionais e levam consigo os valores que lhes dão sustentação. A letra fria da lei não pode mais ser aceita incondicionalmente. Os valores oxigenam o sistema quando necessário; oxigenação esta que ocorre quando da aplicação concreta da norma. Cumpre ressaltar que, como será reforçado a seguir, a Constituição é a sede natural dos princípios e, por isso, a abertura do sistema se dá principalmente através dela. Não obstante, o sistema jurídico não abarca os princípios somente na Carta, por isso o pós-positivismo se aplica também aos demais ramos do direito. Mas sua principal seara é constitucional.

Para Alexy (2008a, p. 29), a positivação dos direitos fundamentais representa "uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais". Mais a frente ressalta que "o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico" (ALEXY, 2008a, p. 109). Assim, o direito se abre aos valores e se aproxima da moral.

É importante relembrar o entendimento de Dworkin (2006, p. 11) de que a leitura moral (axiológica) da Constituição evidentemente "não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém". As Constituições são permeadas por normas-regra e normas-princípio. Para as regras é que o autor afirma não ser adequada a leitura moral, *uma vez que não há que se falar em análise valorativa de uma norma-regra* como a que especifica a idade mínima para a elegibilidade de um Presidente em trinta e cinco anos. Nesse caso a leitura moral já foi feita pelo legislador.

As normas-regra constitucionais caracterizam-se por serem fechadas, casuísticas, com reduzido grau de abstração. Quando da criação dessas regras, pelo Constituinte, é que se analisam e ponderam os valores sociais envolvidos. Com as regras, a verificação valorativa se dá previamente[123]. Não cabe, *em regra*, ao intérprete essa aferição, porque todos os critérios para subsunção do caso concreto foram objetivamente delineados pelo legislador. Mas a frente será demonstrado que, por exceção, também é possível a leitura valorativa das regras. Por hora, essa ideia geral de que a leitura moral não se faz necessária à interpretação das regras é bem vinda. Então, a ampliação valorativa da aplicação do direito ou a interpretação moral da Constituição

[123] Nisso, não há discordância entre positivismo e pós-positivismo.

(Dworkin) restringe-se, *em regra*, às normas abertas e com maior abstração denominadas princípios ou normas-princípio.

Nesse cenário, há a inclusão nos textos constitucionais contemporâneos "de vários *standards morais*, na forma de princípios, valores e direitos fundamentais, já que tais standards realizam uma plasmação jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos" (MAIA, p. 10). É por isso que "os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo" (*Idem*, p. 6).

André Rufino do Vale (2009, p. 7) ressalta, ainda, que as normas constitucionais contêm duas faces, "além dos elementos deontológicos", possui um caráter axiológico, "de conteúdo valorativo". É dizer: essas normas, além de seu caráter normativo a ser verificado no mundo do *dever ser* (deontológico), apresentam um forte *conteúdo valorativo* (axiológico). É essa forte carga axiológica que acarreta a inevitável submissão de sua aplicação aos processos de argumentação jurídica, conforme se verá mais a frente. Os princípios, com sua grande carga valorativa, são os que se sujeitam de maneira mais evidente a sua interpretação/aplicação por meio da influência dessa argumentação. Portanto, os princípios constitucionais "constituem uma ponte entre direito e moral" (COMANDUCCI, 2009, p. 87).

Gustavo Zagrabelsky (2007, p. 14-15), ao explicar sua ideia de ductilidade constitucional, afirma que hoje uma Constituição deve basear-se necessariamente na coexistência de *valores* e *princípios* para não renunciar a sua *unidade e integração* e, ao mesmo tempo, não se fazer incompatível com sua base material pluralista; para tanto, "exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não-absoluto, compatível com aqueles outros com os que devem conviver". Para ele, existiria somente um valor, mais precisamente um metavalor, que teria caráter absoluto, qual seja, a suprema exigência constitucional de toda sociedade pluralista de se preservar como tal.

Mais adiante, Zagrebelsky (*Idem*, p. 16-17) apresenta a *aspiração de convivência* dos princípios e valores. Apesar de parecer conceitualmente impossível, por ser altamente desenhado na prática, atualmente se aspira não à prevalência de um só valor ou princípio, mas a salvaguarda de vários simultaneamente. Os Tribunais devem então buscar uma *concordância prática* da diversidade valorativa com "prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias,

que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um decréscimo conjunto" (*Idem*, tradução nossa).

A grande discussão entre jusnaturalistas e juspositivistas girava em torno da relação entre direito e moral. Apesar da pendenga entre essas correntes ter sido apartada, essa relação é uma das questões mais complicadas, se não a mais, da filosofia jurídica. Mas o neoconstitucionalismo modifica um pouco esse cenário, a ponto de Alfonso García Figueroa (2009a, p. 207, tradução nossa) constatar que "o direito já não é mais o mesmo desde que se consumou certa constitucionalização do ordenamento e nosso universo moral já não é mais o mesmo desde a consolidação de teorias construtivistas e especificamente discursivas"; as transformações substanciais experimentadas tanto pelo direito como pela moral dissociaram a lógica da discussão que era mantida até hoje. É nesse cenário que a teoria não-positivista entende a convivência entre direito e moral.

2.3.1.2.2. Princípios como normas jurídicas

Antes de tudo, se faz necessário diferenciar os *princípios hermenêuticos* dos *princípios jurídicos*. Os primeiros, segundo Canotilho (2003, p. 1161), desempenham uma função argumentativa na busca da revelação de normas expressas em enunciados legislativos. Os segundos são os que ora serão tratados.

Qual é a posição dos princípios jurídicos no ordenamento jurídico? Essa é a pergunta que os filósofos do direito tentam explicar na atualidade. Paulo Bonavides (2009, p. 288) resume bem o papel atual dos princípios ao ressaltar que "não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, (...), a distinção não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e princípios a espécie".

Segundo o pensamento positivista clássico, *princípios* não eram considerados *normas*; quando muito, fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica. A partir dos estudos dos teóricos citados acima, sobretudo de Dworkin de 1967 e Alexy de 1979, o pós-positivismo logrou trazer os princípios a sua atual configuração: *espécie de norma jurídica, ao lado das regras.* Os princípios passaram a ser detentores de densidade normativa suficiente para reger diretamente as relações intersubjetivas.

Os autores estudados têm um pensamento comum no sentido de entender os princípios como normas jurídicas. As distinções e compatibilidades entre o pensamento de cada um deles serão apresentados a seguir com o intuito de demonstrar, principalmente, a coesão e proximidade nas linhas centrais de seus estudos.

Para Robert Alexy (2008a, p. 87) "tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser". Os princípios podem, como as regras, ser formulados no plano deôntico como premissas básicas do dever, da permissão ou da proibição. São, pois razões para regulação da conduta concreta dos cidadãos, uma vez que estabelecem fórmulas de dever-ser. Para Dworkin (2002, p. 39), as duas espécies de normas podem ser entendidas como conjuntos de padrões que "apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas". Ou seja, tanto princípios como regras impõem padrões de conduta aos cidadãos, caracterizadas como normas jurídicas.

Humberto Ávila (2009, p. 25), por seu turno, também entende os princípios como normas jurídicas, posto que eles, "indiretamente, estabelecem espécies de precisas de comportamentos". No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2009, p. 275), Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et al*., 2007, p. 273), entre outros. Portanto, dúvida não há, na atual dogmática, de que os princípios são normas e, como tal, têm o poder de regular diretamente condutas. Além disso, mantêm função estruturante do sistema, alicerçando as bases para a correta interpretação do direito.

André Rufino do Vale (2009, p. 5) ressalta a *irresolvida imprecisão conceitual* acerca da configuração contemporânea dos princípios, que causa "um certo abuso de utilização nos mais variados contextos teóricos e argumentativos, segundo os mais diversos propósitos e pontos de vista". Imprecisão esta que é verificada, sobretudo, na interpretação de casos difíceis, onde os princípios são utilizados como soluções a todos os problemas de concreção do sistema. Constatação com a qual o presente trabalho concorda. É por isso que se deve tomar o devido cuidado para não transformar o direito em uma questão unicamente principiológica.

2.3.1.2.3. Distinção entre princípios e regras

Primeiramente, impende frisar que, conforme delimitado no item anterior, a diferenciação entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies do gênero *norma jurídica*.

Alexy (2008a, p. 85) ressalta que "a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais". Esse também é um dos pontos centrais do pensamento neoconstitucional, que prima pela concretização dos direitos fundamentais, bem como das teorias de Dworkin (2002), Barroso (2007), entre outros. Todavia, é relevante ressaltar a crítica de Humberto Ávila (2009, p. 26) de que a "distinção entre princípios e regras virou moda", fazendo com que o tema ganhe tons de unanimidade; fato que resulta em uma posição acrítica dos teóricos: "são dessa maneira, e pronto".

Em outra passagem, Ávila (*Idem*, p. 39) identifica que duas são as principais formas de distinção entre regras e princípios, uma *forte* (Alexy e Dworkin[124]) e uma *fraca* (Esser, Larenz, Canaris). André Rufino do Vale (2009, p. 39) explica que a "tese forte defende uma diferenciação qualitativa e exaustiva: as normas ou são regras ou são princípios. (...) A tese da distinção débil [fraca] adota uma distinção meramente gradual".

Canotilho (2003, p. 1160) apresenta as dessemelhanças entre regras e princípios segundo as diversas visões teóricas, conjugadas em cinco categorias, a saber: a) *grau de abstração* [Esser, Larenz, Borowski]: os princípios não normas com grau elevado de abstração, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida; b) *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto [Esser, Larenz]: os princípios carecem de intermediação concretizadora, por serem vagos e indeterminados, as regras aplicam-se diretamente; c) *caráter de fundamentalidade* no sistema de fontes no direito [Guastini, Borowski]: os princípios são normas de natureza estruturante com papel fundamental no ordenamento devido a sua posição hierárquica; d) '*proximidade' da ideia de direito* [Larenz, Dworkin, Borowski]: "os princípios são '*standars*' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia e direito' (Larenz)", nas regras a vinculação abrange um conteúdo meramente funcional; f) *natureza normogenética* [Esser, Canaris, Castanheira Neves]: os princípios são as razões para as regras,

[124] Acrescenta-se que Zagrebelsky (2007, p. 109-111) também defende a distinção forte entre ambas as espécies normativas.

são as normas que estão na base, por isso desempenham uma "função norrmogenética fundamental".

Adiante será apresentada a *distinção forte*, utilizando como marco teórico Robert Alexy; as referências a Dworkin e demais autores servirão somente para demonstrar as similaridades ou divergências com o marco teórico. Consoante constatação de Andreas Krell (2002, p. 82), "os constitucionalistas modernos [entenda-se contemporâneos] seguem em grande parte as teorias do filósofo alemão Robert Alexy e do norte-americano Ronald Dworkin, que dividem as normas jurídicas em *regras* e *princípios*". Portanto, a análise dos autores escolhidos se respalda na pesquisa das teorias originais sobre o tema.

Alexy apresenta nuances diferenciadas em relação à tese de Dworkin[125]. É necessário frisar, porém, que o trabalho do primeiro se inspirou na diferenciação entre regras e princípios do segundo, conseguindo, porém, aprimorar o trabalho de Dworkin. Ambos distinguem regras de princípios segundo um *critério qualitativo*[126]. A tese de Robert Alexy se estabiliza em três pilares fundamentais: a tese da *otimização dos princípios*, a *lei da colisão* entre eles e a *ponderação* como critério para sua concreção.

Para Alexy (2008a, p. 90), princípios[127] são normas que "ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, para dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes".

[125] É o próprio Alexy (2008a, p. 91) que faz essa consideração; na nota de rodapé nº 27 informa que a distinção por ele apresentada assemelha-se à proposta de Dworkin, mas "dela se difere em ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização".

[126] Alexy (2008a, p. 90) expressamente assim se manifesta. André Rufino do Vale (2009, p. 63) e Humberto Ávila (2009, p. 37-40) concordam que Alexy e Dworkin utilizam uma distinção qualitativa.

[127] O próprio Alexy (2008a, p. 109-116) tece três objeções ao seu conceito de princípio, mas responde a todas elas. A primeira objeção é de que haveria colisões de princípios que poderiam ser resolvidas por meio da invalidade de um deles. Então ele argumenta que isso só ocorre quando se trata de princípios extremamente fracos que são preteridos em todos os casos, nesse caso estes princípios fracos são afastados do ordenamento diante de sua invalidação frete aos demais. Os conflitos entre os princípios só se dá no âmbito da validade para retirar princípios fracos do ordenamento, como o da segregação racial. Contudo, as colisões entre princípios ocorre sempre no interior do ordenamento, ou seja, a colisão pressupõe a validade dos princípios colidentes, o que reafirma sua teoria. A segunda sustenta que existem princípios absolutos que nunca podem ser colocados em relação de preferência com os demais. Esses princípios extremamente fortes não encontrariam limites jurídicos, apenas limites fáticos, o que afastaria a lei da colisão. Em sua resposta ele trás o princípio da dignidade da pessoa humana e diversos julgados do Tribunal Constitucional para relativizar o princípio e não a regra da dignidade do homem. O princípio da dignidade pode ser satisfeito em maior ou menor grau. A terceira, que o conceito de princípio é muito amplo, por isso inútil, pois abarcaria todo e qualquer interesse. Por ser a mais fraca das objeções, o autor se limita a apontar a prevalência de sua teoria sobre a de Dworkin. Alexy entende que os princípios englobam os direitos coletivos e cita diversos exemplos do Tribunal Alemão para tanto. Dworkin, de forma contrária, entende os princípios restritivamente, sem englobar os direitos coletivos, os quais seriam *políticas*.

São *mandamentos de otimização* que podem ser satisfeitos em graus variados, uma vez que a medida de sua satisfação depende de possibilidades fáticas e, também, de possibilidades jurídicas. Estas delimitam o âmbito de aplicação dos princípios conforme as regras e princípios colidentes. É dizer: as possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios são dadas pela lei da colisão. Os princípios são então satisfeitos em maior ou menor grau a depender das limitações e possibilidades fáticas (se os fatos se adéquam ou não à norma) e jurídicas (colisão potencial com outros princípios) para sua concreção. Essa é a tese da otimização.

As regras, por sua vez, "são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível" (ALEXY, 2008a, p. 91). Ou seja, se ocorre a subsunção (adequação exata) do fato à regra seus efeitos devem ser produzidos exatamente como determinado na própria regra. Não há uma aplicação em graus variados, mas sim uma aplicação completa ou total da regra.

Quanto à produção de efeitos, os princípios instituem obrigações *prima facie* porque podem ser superadas, ou ter reduzido seu âmbito de abrangência em face da colisão com outro princípio – sua concreção específica se dá com a delimitação de sua amplitude pelos demais princípios. São aplicáveis em maior ou menor medida a partir do diálogo com os demais (lei da colisão). Segundo esta lei (ALEXY, 2008a, p. 93-103), se dois princípios colidem, um deles deve ceder; em determinadas condições um terá precedência (maior peso no caso concreto específico) sobre o outro. Em outras condições, a solução pode ser inversa, uma vez que não há um grau de precedência abstrata ou absoluta entre os princípios. Haverá, pois, uma relação de precedência condicionada, que será *concreta* ou *relativa*, e não *abstrata* ou *absoluta*[128].

Como dito, são as condições que, segundo a carga argumentativa que se lhe imponha, fazem com que um princípio tenha precedência sobre o outro. É dizer: a colisão de princípios fixa

[128] Esse entendimento de que não há uma precedência abstrata ou absoluta de um princípio sobre os demais, mas sim uma precedência concreta ou relativa que se dá na concreção do Direito, foi ressaltado no julgado do Tribunal Federal Alemão BVerfGE 51, 324 (345), conforme ALEXY, 2008a, p. 97. Noutro trecho, Alexy (*Idem*, p. 111-114) demonstra que nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência absoluta sobre os demais.

o seu conteúdo, sua amplitude é dada com a aplicação em concreto destas normas. Colisão esta que ocorre na *dimensão de peso*[129], para além da dimensão de validade.

Enquanto as regras têm um caráter *prima facie* diferenciado[130]; estatuem obrigações *definitivas*, uma vez que, em regra, não são superáveis por outras normas. Caso um fato se subsuma a uma regra, seus efeitos devem ser produzidos assim como nela estabelecidos. Seus efeitos já são conhecidos, o que impõe uma solução definitiva. No caso de *conflito entre as regras* somente duas hipóteses podem ocorrer: 1) uma é declarada inválida em face de outra ou 2) ambas continuam válidas em face da *cláusula de exceção* de uma delas (ALEXY, 2008a, p. 92-93). Com isso, as regras são aplicadas segundo uma dimensão de validade – se não houver cláusula de exceção e se se verificar uma incompatibilidade entre regras, uma delas será declarada inválida.

A última face da distinção para Alexy (*Idem*, 116-120) refere-se ao processo de aplicação das normas, segundo a *máxima proporcionalidade*[131]. A aplicação dos princípios deve se dar segundo critérios de proporcionalidade, nessa ordem: *adequação* (apropriação do meio para se atingir o fim), *necessidade* (utilização do *meio menos gravoso* para atingir o mesmo fim) e *proporcionalidade em sentido estrito* ou *ponderação* ou *sopesamento*, decorrente da relativização em face das possibilidades jurídicas. Os dois primeiros referindo-se às possibilidades fáticas, enquanto o último às possibilidades jurídicas, a partir da medida dos demais princípios em cotejo. Esta *lei do sopesamento* mostra sua divisão em três passos: 1) avalia-se o grau de não satisfação de um dos princípios; 2) verifica-se a importância de satisfação

[129] Alexy (2008a, p. 94) concorda com as teorias de Dworkin sobre a dimensão de peso dos princípios, inclusive cita na nota de rodapé nº 31 sua concordância com esse ponto da obra *Levando os Direitos a Sério*.

[130] Alexy (2008a, p. 104) afirma que as regras assumem um caráter definitivo, mas essa determinação pode falhar diante das possibilidades fáticas e jurídicas, isso não ocorrendo, "vale definitivamente aquilo que a regra prescreve". Esse caráter de definitividade de sua extensão pode, porém, ceder diante de outros princípios. Aí está o caráter *prima facie* também das regras. Para se afastar o caráter definitivo de uma regra é preciso haver duas razões de precedência ou de peso: uma entre os princípios materiais, ou seja, um princípio deve ter precedência em um caso sobre o princípio que sustenta a regra, e outra entre princípios materiais e formais, é dizer, deve também ser atribuído peso maior àquele princípio que aos princípios formais que afirmam que as regras são criadas por autoridades legitimadas e, por isso, devem ser seguidas; os princípios formais devem ser afastados para se retirar o caráter definitivo da extensão das regras. "Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter prima facie de suas regras" (*Idem*, p. 105). Esse é o caráter *prima facie* das regras.

[131] Teoria que, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, decorre "da própria essência dos direitos fundamentais" e demonstra uma conexão estreita com a teoria dos princípios (ALEXY, 2008a, p. 117).

do princípio colidente e 3) pondera-se se a importância de satisfação do colidente justifica a não satisfação do primeiro (*Idem*, p. 594).

Visitando as teorias de Dworkin (2002), o primeiro a recentemente enfrentar o positivismo com critérios racionais, são encontradas as críticas à ideia positivista de que o direito é um conjunto de regras ou de leis, sobretudo por não compreender o processo de argumentação dos casos difíceis (*hard cases*). Ele se declarava um antipositivista.

Para Dworkin (2002, p. 36), princípio é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade". Os princípios[132] contém somente fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios para a aferição de seu conteúdo concreto. Os princípios não estabelecem de pronto os efeitos de sua aplicação, mas somente condições argumentativas para tanto. Se dois princípios entram em conflito, o que tiver o maior peso ou importância em um determinado caso concreto deve ser aplicado, afastando-se o de menor peso. Essa é a *dimensão de peso* existente entre os princípios.

As regras, por outro lado, "são aplicadas à maneira tudo-ou-nada" (DWORKIN, 2002, p. 39)[133]. Quando um fato se subsume à regra ela deve ser aplicada; caso contrário, não gera qualquer efeito. É dizer: as regras apresentam "consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas" (*Idem*, p. 40). A subsunção é, portanto, o modelo adequado para a aplicação das regras. No caso de conflito, dois fatores delimitam a aplicação das regras, a validade e a exceção.

A regra ou é válida ou não é; sendo válida, sua resposta ou consequência deve ser aceita, não o sendo, em nada contribui para a decisão. O conflito entre elas, como em Alexy, se dá em uma dimensão de validade. Se há conflito entre duas regras, uma deve ser considerada inválida, para tanto serão considerados os critérios clássicos: hierárquico, cronológico e da especialidade.

[132] Dworkin (2002, p. 35-46) entende que os princípios são restritos aos direitos individuais, enquanto os direitos coletivos estariam na vertente por ele denominada políticas. Pensamento diverso da teoria de Alexy (2008a, p. 114-116) de que os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos.

[133] Nesse ponto é possível verificar divergência entre a teoria de Alexy e Dworkin. Para Alexy (2008a, p. 103-106), a medida 'tudo-ou-nada' não é uma maneira mais adequada; o modelo de Dworkin "é, contudo, muito simples".

Outro fator que possibilita que as regras não produzam efeitos, mesmo ocorrendo seu preenchimento fático, são as exceções. Mas para tanto as regras devem enunciar todas as possibilidades de sua não aplicação, vez que se assim não o fizer seu conteúdo "será impreciso e incompleto (...) [porque] pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas" (DWORKIN, 2002, p. 40). Esse é um ponto de crítica de Alexy (2008a, p. 104), na medida em que ressalta que as cláusulas de exceção não são "nem mesmo teoricamente enumeráveis"[134].

Ao analisar diversos autores, entre os quais Alexy e Dworkin, Alfonso García Figueroa (2003, p. 202, tradução nossa) informa que aparentemente em um plano pragmático, a referida distinção parece apresentar uma concordância entre os juristas, que "tem a ver com uma *maior determinação semântica das regras* e uma certa *carga axiológica dos princípios*", além da aplicação subsunciva das regras e uma atividade de ponderação dos princípios. A diferença pragmática parece consistir em que os princípios exigem uma maior atividade argumentativa por parte do aplicador do direito.

Há ainda que se destacar que os princípios se propõem a uma abertura da Constituição (e do direito) aos valores sociais, permitindo a oxigenação do sistema. Alfonso Figueroa (2009a, p. 119-131, tradução nossa), em obra mais recente, informa que em um ordenamento jurídico que se apresenta em uma dimensão axiológica pluralista [como o Brasil] "deve manifestar-se através de uma estrutura deontológica especial caracterizada por certa flexibilidade, e a noção de flexibilidade se expressa sob os Estados Constitucionais através da propriedade da *derrotabilidade*". Essa derrotabilidade se expressa através dos princípios[135]; se o que se propõe é "o cumprimento de um princípio (derrotável) e não o comprimento de uma regra (inderrotavel) poderá seguir mantendo a confiabilidade da Constituição apesar de que suas normas possam ser eventualmente inadimplidas por uma boa razão". Com isso, abre-se espaço para a Constituição continuar vigente e compatível com os anseios sociais por longo período[136]. Também com esteio em von Wright, Figueroa continua

> Pois bem, é interessante comprovar que a axiologia pluralista da Constituição exige no plano deontológico um tipo de norma especial porque uma axiologia pluralista (de cunho

[134] No mesmo sentido, Genaro Carrió (*apud* VALE, 2009, p. 107).
[135] Refere-se ao que Alexy demonstrou ser a *relatividade* dos princípios; diante de casos concretos cedem aos outros princípios incidentes, podendo deixar de ser aplicado.
[136] Nesse aspecto é só verificar a Constituição dos Estados Unidos que prevê o mesmo princípio da igualdade, mas já admitiu a teoria dos *separados mas iguais*.

> construtivista) requer uma deontologia flexível (de cunho principialista). Não só isso. Requer normas capazes de expressar ideais. A deontologia (o tipo de norma) que requer uma axiologia (um tipo de valor) baseada em ideais é também especial nesse sentido. (...) a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito supõe em boa medida a transformação de um direito deontológico (puramente normativo) em um direito axiológico (puramente valorativo). (FIGUEROA, 2009a, p. 125).

Dessa forma, seria possível consignar que um *valor constitucional* seria algo constitucionalmente *desejável*, o qual se expressaria através dos princípios. Um *princípio constitucional* deriva de um *valor/ideal constitucional* e este deriva de um *valor social*. Assim, existiria, na visão de Figueroa (*Idem*, p. 127), "uma conexão prática entre os valores e os princípios constitucionais".

Canotilho (2003, p. 1173-1175) ainda assevera que a Constituição convive com um *sistema interno de regras e princípios*, onde os *princípios estruturantes* contêm as diretivas básicas da ordem constitucional, seguidos dos *princípios constitucionais gerais* e dos *princípios constitucionais específicos* e das *regras constitucionais*. Esse sistema não se desenvolve apenas na direção das normas mais densas para as menos densas, ou vice-versa; mostra-se como um processo de esclarecimento e condicionamento recíprocos que resultam na própria unidade da Constituição. Há, pois, a *coexistência* de regras e princípios em uma Carta constitucional.

Enfrentada a distinção entre princípios e regras, o próximo ponto é identificar como os princípios ganham importância no sistema e seu deslocamento dos códigos para as Constituições.

2.3.1.2.4. A Constituição como sede de princípios e centro do sistema jurídico

Os princípios são pautas abertas oxigenadoras do sistema com valores, mas não quaisquer deles, somente os mais relevantes para toda a sociedade. São o pilar central do ordenamento jurídico e, por isso, possuem forte presença no corpo das Constituições contemporâneas. Paulo Bonavides (2009, p. 288), em conclusão de sua incursão teórica sobre os princípios, assevera:

> a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados (...) com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

Os princípios têm duas características principais: *contém* os valores que a sociedade entende como estruturantes do sistema e, por outro lado, servem de *carreadores* desses valores

para o ordenamento jurídico. O primeiro aspecto explica sua inserção nos textos constitucionais, visto que a Constituição é o ápice do sistema e os princípios jurídicos são construídos com os valores sociais máximos. Tornam-se, pois, as normas supremas do ordenamento; convertem-se em *norma normarum*, norma das normas (*Idem*, p. 290).

A evolução histórica do direito demonstra que os códigos que outrora ocuparam o *locus* central do ordenamento, cedem esse lugar às Constituições; processo que ocorre durante os séculos XIX e XX. Com isso, os princípios migram dos códigos para as Constituições. Como observa Luís Sérgio Mamari Filho (2005, p. 18), no pós-positivismo os princípios "são deslocados dos códigos para os textos constitucionais. Tal mudança (do Direito Privado para o Direito Público) lhes garantiu terrenos férteis, possibilitando a ampliação da abrangência de sua aplicação".

A Constituição passa a ser o local propício para os princípios, pois passa ao *epicentro* das discussões jurídicas com a superação da era dos códigos, irradiando efeitos sobre a atividade política e jurídica. As Constituições são centrais para o século XX e XXI como os códigos foram para o século XIX. George Marmelsteim (2008, p. 12) também ressalta essa posição central dos princípios no ordenamento, bem como sua sede constitucional. Os princípios saltam "dos Códigos, (...), para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais" (BONAVIDES, 2009, p. 289).

A Constituição é o centro do sistema jurídico e, como tal, deve conter os valores máximos da sociedade, contidos nos princípios. André Rufino do Vale (2009, p. 24) também corrobora o pensamento ora exposto ao frisar que a "Constituição é marcada pela presença de princípios", que constituem a positivação (expressão normativa) dos valores centrais da comunidade e que influenciam todo o ordenamento jurídico e vinculam as atividades públicas e privadas. Os princípios passam ao *coração das Constituições* (*Idem*, p. 281).

Vale lembrar que nos códigos a posição dos princípios é secundária, ancilar. O fenômeno de deslocamento da sede dos princípios é intrinsecamente ligado à alteração de sua essência, sua função supletiva ou subsidiária, conforme o pensamento juspositivista, dá espaço à *normatividade dos princípios* (BONAVIDES, 2009, p. 288).

A sede constitucional dos princípios não impede, contudo, que existam princípios fora da Constituição. Há princípios jurídicos, com força normativa, nos vários microssistemas de

direito público e privado, os quais são específicos a cada um deles. Se inserem nos códigos gerais ou nas normas específicas. Mas regulam situações restritas, específicas de cada um deles, como no direito tributário, administrativo, empresarial, etc. Não obstante, os valores fundamentais da sociedade, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a presunção de inocência, estes sim, expressa ou implicitamente, têm sede constitucional por meio dos princípios que os contêm.

2.3.1.2.5. Ganho de relevância pelo Poder Judiciário: a determinação do conteúdo da norma pelo intérprete

O novo papel exercido pelo Judiciário nacional no neoconstitucionalismo será exposto nos itens 3.1 e 3.2. O modelo de interpretação/aplicação da norma é somente um fator que acarreta o deslocamento do foco do Legislativo para o Judiciário; por se tratar de uma alteração teórica do direito, é apresentado inicialmente nesse tópico – e desenvolvido nos seguintes.

A *norma jurídica* não se confunde com o *texto da norma*, mas reflete os sentidos decorrentes da interpretação de seu texto. Normas são "os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (ÁVILA, 2009, p. 30). Os dispositivos normativos (texto) são o objeto da interpretação, enquanto a norma é o seu resultado. Em suma, o *texto da norma* não se confunde com a própria *norma*, a qual surge com a interpretação. A norma jurídica se extrai, pois, do processo interpretativo. Por isso, Eros Roberto Grau (2005, p. 26 e 60) observa que a atividade do intérprete consiste em *construir* o significado da norma.

O *significado* das palavras não é intrínseco ao seu *signo*, mas depende precisamente de sua interpretação. Surge a partir da relação do sujeito que tem a função de interpretá-la. A norma, da mesma forma, surge a partir de sua aplicação/interpretação. Ou seja, a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em "meramente descrever o enunciado previamente existente dos dispositivos" (ÁVILA, 2009, p. 32). É dizer, interpretação é *ato de decisão* e não de *descrição* de um significado previamente dado. O intérprete *constrói* o significado da norma, pois seu texto tem "un sentido todavía por precisar" (ALEXY, 2008b, p. 34)

Humberto Ávila (2009, p. 24) acrescenta que a "transformação de textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete". É o intérprete da norma que fixa a sua extensão e abrangência. Quanto mais *abertos* forem os termos das disposições normativas, mais nítida se mostra essa qualidade. Portanto, é na interpretação dos

princípios, que se apresentam em regra com densidade normativa, que o intérprete é mais exigido[137].

Assim, na atual configuração da filosofia do direito e do direito constitucional, cabe ao aplicador do direito a fixação do conteúdo das normas constitucionais, sejam princípios ou regras. Além disso, até mesmo a *identificação de princípios* passa a ser função do intérprete, uma vez que alguns princípios podem não ser expressos. Alexy (2008a, p. 109) ressalta "a desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito".

A atividade de interpretação de textos normativos deve ser entendida como um processo. Esse processo, ensina André Rufino do Vale (2009, p. 16-17), é dividido em fases. A primeira constitui-se da verificação do significado linguístico das disposições de direito fundamental (texto), com a identificação das palavras e seus significados. A segunda refere-se à identificação do conteúdo das normas expressas pelos seus dispositivos (texto). A terceira se restringe à configuração da norma como regra ou princípio. Em casos fáceis, essa fase é suficiente para a identificação de respostas à interpretação; sem maiores controvérsias interpretativas, o "significado das disposições normativas resta claro, fora de dúvidas ou controvérsias interpretativas (zona de certeza)" (*Idem*, p. 16). Para os casos difíceis, há uma quarta fase, na qual o conteúdo da norma depende de uma atividade interpretativa de atribuição de significado à regra ou princípio a partir da análise valorativa do intérprete, portanto discricionária[138].

Esse é o procedimento que é utilizado para a construção do significado da norma. Não mais é plausível o entendimento de que um simples critério de subsunção é capaz de identificar o significado da norma. Não há "significado algum antes do término desse processo de interpretação" (ÁVILA, 2009, p. 32).

Outro ponto é que a fixação do conteúdo dos direitos constitucionais passa pela análise histórica de sua estruturação. Nesse cenário, a atividade dos Tribunais Constitucionais é de essencial relevância, uma vez que o conteúdo das normas constitucionais, notadamente dos

[137] Aqui não se está fazendo referência à ponderação entre dois princípios, a situação vislumbrada é a de aplicação de um único princípio sem a necessidade de compatibilização com os demais.
[138] O problema dos casos difíceis (*hard cases*) será enfrentado no último capítulo.

princípios, é delimitado a partir da interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto. Por isso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional dos países que o criaram é de suma importância para a delimitação da abrangência dos direitos constitucionais, neles inseridos os fundamentais. Como frisou Alexy (2008b, p. 43-47), os direitos fundamentais são o que são, sobretudo, através da interpretação.

É a interpretação realizada pelos aplicadores do direito, mais precisamente pela Corte Constitucional, que delimita a amplitude dos direitos constitucionais. O processo de interpretação é, pois, indispensável à aferição do conteúdo exato da própria Constituição. Os dispositivos abertos dos princípios não se mostram capazes de, sozinhos, estabelecer seu conteúdo, pois têm uma característica *prima facie* – o conteúdo exato de sua abrangência e de seus efeitos somente se verifica quando de sua interpretação e concreção. Nesse caso, é a ponderação que demonstrará a cada caso concreto o real conteúdo e abrangência das normas constitucionais.

O conteúdo dos direitos fundamentais é retirado, primeiramente pelo Constituinte, dos valores centrais para a sociedade; porém, é somente em um segundo momento, quando da ponderação dos princípios concorrentes no processo interpretativo, que são fixados o real conteúdo e abrangência de seus termos.

Por isso, os estudos de Peter Häberle (2002) são de tamanha importância para o direito contemporâneo. Se a Constituição se molda em concreto, a sociedade deve participar o máximo possível da discussão judicial sobre sua aplicabilidade (*Sociedade Aberta de Intérpretes*). A interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário) e aos intérpretes não formais (toda a sociedade). Assim, a sociedade deve participar do processo de concreção dessas normas, visto que a interpretação constitucional é "uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. (...) A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes à realidade." (HÄBERLE, 2002, p. 24).

Nessa configuração ganha relevância o papel do Poder Judiciário[139], com ênfase na função de Corte Constitucional. Cabe ao Judiciário e à doutrina a construção de significados das normas (ÁVILA, 2009, p. 32). A ciência do direito evoluiu no sentido de entender que ao

[139] Luís Roberto Barroso (2010, p. 5) fala em *supremacia judicial*, entendida como "a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais".

Judiciário é afeto um papel muito mais relevante e criativo que a simples *boca da lei*. Há, pois, uma transferência de poder político do Legislativo para o Judiciário. Luiz M. Cruz (2006, p. 26, tradução nossa) fala em "deslocamento do centro de gravidade dos parlamentos para os Tribunais Constitucionais". Prieto Sanchís (2000, p. 119-120) chamou esse fenômeno de onipresença judicial. Isso somado ao fenômeno de *constitucionalização do direito* e da *judicialização* demonstram uma supervalorização deste Poder na atual conjuntura. É por isso que se discute tão calorosamente na atualidade o ativismo judicial. Mas vale a constatação de Inocêncio Coelho (MENDES *et al*., 2007, p. 128) de que essa opção *juridiciarista* não decorreu de uma construção teórica ou de um projeto de engenharia política, "antes se consolidou ao sabor da própria experiência constitucional".

A definição do conteúdo de princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do solidarismo social (art. 1º, II, CF), da eficiência (art. 37, CF), entre outros, são exemplos de participação ativa da doutrina e, sobretudo, do aplicador do direito na formulação do exato conteúdo da norma. Princípios como os citados, ante a sua baixíssima densidade normativa, refletem mais avidamente o caráter conteudista do aplicador do direito. Humberto Ávila (2009, p. 34) afirma que "a conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a revisão constitucional e o direito constitucional concretizado".

Quais são esses limites? Isso se verá no final próximo capítulo. Mas antes, é preciso apresentar um alerta.

2.3.1.2.6. Excessos do pós-positivismo

Como visto, no quadro atual, impera como uma quase unanimidade na doutrina a prevalência de normatividade dos princípios e a distinção entre estes e as regras. Humberto Ávila (2009, p. 26) chega a informar que essa concepção "virou moda". Nesse contexto, a concretização do direito enfrenta um processo de subsunção das regras e de ponderação dos princípios em sua existência conflituosa, submetendo-os a padrões de peso e qualidade, não mais de validade. Mas como tudo em excesso faz mal!

Até mesmo Canotilho (2005, p. 85), doutrinador consagrado pela defesa dos direitos fundamentais, assevera críticas à "panfundamentalização objetivista" ou à "hipertrofia

jusfundamentalista". Se tudo é direito fundamental, então nada é realmente fundamental. Em relação ao pós-positivismo a crítica também é bem vinda. Se tudo se transforma em ponderação, a margem de subjetividade se mostra tão grande que a segurança jurídica e a objetividade do sistema desaparecem por completo. Nessa linha, Daniel Sarmento (2009, p. 288-301) chega a falar em *panconstitucionalização* e *oba-oba constitucional*.

Por isso, é preciso tomar cuidado para não alargar demasiadamente os horizontes da principiologia constitucional a ponto de se afirmar que toda norma é princípio e, assim, toda a Constituição pode ser ponderada. Uma adequada compreensão do que são princípios e do que são regras é necessária. A Carta contém princípios jurídicos e regras jurídicas que convivem em harmonia[140]. Cada um deles deve ser entendido como tal; regras são regras, princípios são princípios. Por mais que pareça óbvio, o alerta é importante.

Passar por esse tema sem lembrar seu grande crítico seria um impropério. A forte crítica de Habermas à teoria trazida por Alexy diz respeito à falta de racionalidade na tomada de decisões, ou à falta de parâmetros racionais para o sopesamento. A afirmação de Habermas de que a aplicação dos princípios é uma "qualificação orientada por finalidades", o que retiraria força dos direitos fundamentais diante da escolha dessas finalidades, é respondida por Alexy (2008a, p. 576-627) em seu pós-fácio escrito em 2002. Segundo essa resposta, sua teoria se sustenta não por encontrar a resposta racional em todos os casos, o que é possível, mas diante da racionalidade encontrada no conjunto dos casos, o que "é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método" (*Idem*, p. 594).

Paulo Ricardo Schier (2005, p. 119) alerta que, se um sistema em que só existam regras é temeroso pela baixa capacidade de ajuste e evolução, um sistema formado apenas por princípios "também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional". O sistema atual, em face do processo de ponderação (sopesamento) da interpretação/criação/aplicação da norma, ganha em *justiça*, por permitir uma proximidade com os valores socialmente relevantes, mas perde em

[140] Konrad Hesse (1983, p. 48) já visualiza perfeitamente a unidade da Constituição e a harmonia de convivência das normas constitucionais, conforme se observa: "a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição obrigam a não contemplar em nenhum caso somente a norma isolada mas sempre no conjunto em que deve ser situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais".

objetividade. O que necessariamente resulta em aumento de *subjetividade*, até porque o processo de ponderação tem um grande viés subjetivo.

É diante desse cenário que Coleman e Leiter (2000, p. 399-418)[141] defendem a *objetividade modesta* para o sistema atual, considerando-a a que se encontra "em vigor em boa parte do debate doutrinário atual" e a que mostra uma razoável forma de legitimar as decisões judiciais. Com essa objetividade seria possível tentar, ao menos hipoteticamente, visualizar uma condição ideal, distante das pré-compreensões dos julgadores em que se pudesse verificar a correção da decisão proferida. Segundo os autores, essa visão afastaria a subjetividade do julgador.

Por fim e retomando o argumento anterior, há de se considerar que o sistema jurídico é composto de regras e princípios, cada qual com sua função, e não somente por princípios, ou seja, as normas não são todas principiológicas, somente algumas delas são. Schier (2005, p. 120) ainda ressalta que "a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo 'subjetivo' (no sentido arbitrário)".

Essa crítica tem o objetivo de demonstrar que também essa forma de ver o direito precisa de um olhar sereno e crítico dos cientistas jurídicos para que não se permita sua corrosão – como ocorreu com o positivismo clássico[142].

---

[141] Sobre a objetividade do direito, ver Coleman e Leiter (2004, p. 378-418), artigo em que são apresentadas as formas de objetividade do sistema jurídico. No subjetivismo, *cada* indivíduo é a medida de todas as coisas, situação que é temerária para a ciência jurídica, diante da necessidade de se saber do que esperar das normas. Logo, a ciência jurídica busca a objetividade do sistema. Objetividade esta que pode ser *forte*, *mínima* ou, como querem os autores, *modesta*. Segundo a primeira, o que "parece certo" nunca determina o que "é certo", uma vez que nunca depende do que os humanos consideram ser (mesmo em condições ideais), seria um *objetivismo platônico*. A *objetividade mínima* ocupa parte do espaço entre a forte e a subjetividade, segundo ela "o que parece ser certo para a maioria da comunidade determina o que é certo" (*Idem*, p. 379). O problema desta objetividade, que pode decorrer de um sistema eminentemente principiológico, é que ela "é essencialmente antirealista; como nega que o mundo seja exatamente como qualquer pessoa considera que seja", pois "os indivíduos não são a medida de todas as coisas, mas suas práticas coletivas ou convergentes são" (*Idem*, p. 380). Com isso, cai-se no problema da hegemonia da maioria dominante, o que não é admissível em uma sociedade pluralista. A *objetividade modesta*, desenvolvida pelos autores, oferece um critério para avaliar se a decisão judicial é legítima ou justificável, pois segundo ela, "o que parece certo 'em condições epistêmicas ideais' determina o que é certo" (*Idem*, p. 396). A questão primordial dessa objetividade é sua colocação em condições ideais, para nesse contexto se avaliar a correção da decisão judicial. "A objetividade modesta reconhece a possibilidade de que todos podem estar errados quanto ao que uma norma exige; o que parece certo, mesmo para todos, quanto ao que uma norma exige pode não estar certo. Apenas o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição epistemicamente ideal determina o que é certo. (...) torna a existência e o caráter dos fatos de vários tipos dependentes de nós, mas não de nossas crenças e evidências efetivas ou existentes" (*Idem*).

[142] Críticas a outros pontos do neoconstitucionalismo serão apresentadas no item 3.4.3.

2.3.2. Estado Constitucional Democrático

Foi ainda na base clássica que a noção de Estado de Direito começou a se formar. Canotilho (2003, p. 93-97) encontra seus precedentes históricos: o *Rule of Law*, "demonstrando a proeminência das leis e constumes" do país inglês, o *Etat légal*, "ordem jurídica hierárquica" francesa, *Rechtsstaat*, "Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa" na Alemanha, os quais, cada um a seu modo, procuraram alicerçar a *juridicidade estatal*. O domínio político passa a ser *jurisfaçado* (REALE, 2003, p. 84) ou *domesticado* (CANOTILHO, 2003, p. 93) pelo direito. O *poder político* ao estabelecer o direito passa a ser limitado por sua própria criatura.

Luigi Ferrajoli (2009, p. 15-17, tradução nossa) identifica que esse panorama demonstra o surgimento do *Estado Legislativo de Direito*, que gera o "monopólio estatal da produção jurídica" e consequentemente do "princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido". No direito pré-moderno, não existia um sistema unitário e formado de fontes positivas, mas uma pluralidade de fontes e ordenamentos provindos de instituições diferentes e concorrentes – a Igreja, os príncipes, as corporações – sem que nenhuma concentrasse o monopólio da produção jurídica, pois o fundamento de validez era jusnaturalista. Com o *Estado Legislativo,* o princípio da legalidade e as codificações dele decorrentes impõem que o fundamento de validade se estabeleça na autoridade dotada de competência legislativa; assim, a norma seria válida não por ser *justa*, mas exclusivamente por ter sido *posta* por esta autoridade. A jurisdição deixa de ser produção jurisprudencial do direito e transforma-se "em juízo de verificação do que tenha sido preestabelecido pela lei" (*Idem*, p. 16).

É, todavia, no contexto histórico que vem desde o fim da Segunda Grande Guerra que a aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu na ordem mundial "uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático" (BARROSO, 2007, p. 21). Estado Constitucional é mais um ponto de partida que um ponto de chegada; é "o produto do desenvolvimento constitucional no atual momento histórico" (CANOTILHO, 2003, p. 87).

Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 33-34, tradução nossa) identifica que essa transformação conceitual se mostra como "um autêntico câmbio genético"[143], mais que um desvio modesto *em*

[143] Alfonso García Figueroa (2009, p. 228-229, tradução nossa) identifica esse movimento doutrinário que adota a reconstrução conceitual do Direito Constitucional como "tese da mutação genética".

espera, com a esperança de restauração; "mais que uma continuação, se trata de uma profunda transformação que afeta necessariamente inclusive a concepção do direito". A mudança do Estado de Direito para o Estado Constitucional reflete, então, em uma mudança interna e central no constitucionalismo, e não como uma alteração acessória ou cutânea. Susanna Pozzolo (2009, p. 206), da mesma forma, aduz que "é inegável a modificação estrutural" que transformou o Estado legalista em Estado Constitucional[144].

Nas pesquisas de Figueroa (2009, p. 18-20, tradução nossa), o *Estado Constitucional de Direito* apresenta-se como uma transformação paradigmática do direito que se manifesta 1) pela sujeição da própria legalidade às Constituições rígidas, hierarquicamente superiores às leis, "como normas de reconhecimento de sua validez"; 2) pelo condicionamento pela Carta não só *formal* das leis, mas também *substancial*; 3) pela aplicação jurisdicional das leis somente se estiverem, material e formalmente, pautadas na Constituição e 4) pela sujeição do Legislativo, antes absoluto, à Constituição, incorrendo em uma alteração da natureza da democracia.

Zagrebelsky (*Idem*, p. 34-41, tradução nossa) identifica algumas características desse novo sistema – não só constitucional, mas jurídico – que podem ser resumidas como 1) a *crise da vinculação da Administração à lei*, em face desta não mais se limitar a uma atuação negativa, necessitando de ações positivas, algumas das quais podem se extrair da Constituição, com a "gestão direta de grandes interesses públicos", não é o fim da legalidade, mas um retrocesso necessário em face do *princípio da autonomia funcional da Administração*, a lei não tem como prever todas as especificidades que a organização pública exige; 2) *a redução da generalidade e abstração das leis*, de modo oposto, há uma pulverização das leis em uma multiplicidade de setores, não há mais grandes códigos, mas sim microssistemas legislativos muito mais especializados; 3) a *heterogeneidade do direito no Estado Constitucional*, a própria pulverização das leis resulta na heterogeneidade de seus conteúdos, mas é o pluralismo das forças políticas e sociais que conduzem à diversidade de valores e interesses expressados nas leis e contidos na Constituição; 4) a *função unificadora da Constituição*, a qual mantém contemporaneamente um "remédio" aos efeitos destrutivos do sistema – decorrente da multiplicidades de valores nele

[144] Mesmo assim a autora sustenta que essa mudança não requer o abandono da metodologia juspositivista, mostrando-se uma neoconstitucionalista positivista.

contidos – mediante a preservação de um direito mais alto, "dotado de força obrigatória inclusive ao legislador", a lei cede espaço à Constituição que se converte em *objeto de mediação*.

Atualmente, a visão de Estado na sociedade ocidental é como *Estado Constitucional*, ou para alguns, como Canotilho (2003, p. 93), como *Estado Constitucional Democrático de Direito*. Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 142) chega a falar no neoconstitucionalismo como uma "*super* ou *supraideologia* que se traduz na fórmula político-constitucional do *Estado Democrático de Direito*". Prefere-se a expressão Estado Constitucional de Direito. Para ser qualificado com essa adjetivação, este Estado "deve ser um Estado de direito democrático", contendo duas grandes qualidades, *Estado de direito* e *Estado democrático* (CANOTILHO, 2003, p. 93).

Logo, o Estado Constitucional "procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito" (*Idem*). Estado de Direito nada mais é que um sistema de organização político-social que se estabelece sob o império da lei e da Constituição, o poder limitado pelo direito; trazia as ideias de Estado submetido ao direito e de Constituição como vinculação jurídica do poder (CANOTILHO, 2003, p. 98). No entanto, ainda lhe faltava a *legitimação democrática do poder*. Então, o Estado Constitucional se junta a outros aspectos; não se adstringe apenas a um Estado de Direito, vai muito mais além do que isso; passa a reclamar "uma ordem de domínio legitimada pelo povo", por isso aquela primeira noção se une ao Estado Democrático (*Idem*, p. 97-98). Este Estado é o que encontra compatibilidade entre os anseios sociais e o poder organizado; entre a sociedade e o ordenamento jurídico; entre o povo e a Constituição; em síntese, é legítimo.

Canotilho (*Idem*, p. 99) ainda traz à baila uma outra forma de ver a questão: Estado de Direito e democracia corresponderiam a dois *modos de ver a liberdade*.

> No Estado de direito concebe-se a liberdade concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma 'liberdade de defesa' ou de 'distanciação' perante o Estado. É uma liberdade liberal que 'curva' o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder (*Idem*).

O mesmo autor (*Idem*, p. 93) explica por que os conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático são concepções que podem andar dissociadas: "existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de

direito sem qualquer legitimação em termos democráticos". Não é preciso ir longe para comprovar esse fato, é só lembrar da ditadura Vargas em que estabeleceu a organização social por meio do direito, sem contudo haver uma legitimação do poder, o qual era ditado pelo ditador.

Não obstante, o que se vê no Estado Constitucional[145] é uma junção do *controle do poder pelo direito* com os *aspectos legitimadores da democracia*, concebida como o governo da maioria com respeito às minorias, sobretudo em sociedades pluralistas como as atuais; tudo isso, acrescido de uma pitada de *justiça* advinda da abertura da Constituição aos valores sociais.

No Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que incorporou esse novo pensamento teórico. Sem embargo da discussão sobre a correção de seu texto, a abertura democrática foi o grande marco do novo diploma. Conseguiu promover a transição de um regime autoritário de exceção para uma Democracia Constitucional, fruto dos vitoriosos movimentos democráticos da década de 70. Além disso, a discussão, elaboração e compilação de seu texto passaram por uma ampla discussão social, o que demonstra a sua legitimidade.

Ulisses Guimarães, no discurso de despedida de da Presidência da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988) na sessão de promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988, qualificou alguns aspectos da participação de múltiplos setores organizados da sociedade brasileira em sua confecção, conforme destacou Pilatti (2008, p. 3): 61.020 emendas, 122 emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, cerca de dez mil postulantes franqueavam todos os dias, livremente, as 11 entradas do Congresso Nacional.

> Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua de praça de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando e contemporaneidade e a autenticidade do texto que ora passa a vigorar (*Idem*, p. 1).

Texto original com milhares de artigos, reduzidos a atuais duzentos e cinquenta em seu corpo permanente, a Constituição Federal de 1988 apresenta um retrato da realidade onde todos os nichos profissionais, artísticos, econômicos, religiosos, em suma, sociais, estiveram presentes. Sem dúvida uma Constituição legítima a ordenar um Estado Constitucional Democrático.

[145] Sobretudo em seus representantes mais nítidos, cujas Constituições estabelecem as premissas ora levantadas: Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978), Brasil (1988), Estados Unidos (1787). Apesar desta Constituição ter sido promulgada a mais de duzentos anos, se mostrado como um grande exemplo do Estado de Direito, as alterações jurisprudenciais da interpretação de seu texto ao longo do tempo demonstram que atualmente este Estado seria um Estado Constitucional Democrático.

É esse diploma que estabelece no país as ideias neoconstitucionalistas. Nas palavras de Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 8), a atual Constituição "incorporou, através dos princípios, opções valorativas e, por meio de diretrizes, compromissos públicos". Sem dúvida uma Carta que se compatibiliza com os valores existentes na sociedade brasileira. Segundo Canotilho e Vital Moreira (1991a, p. 105), a Constituição brasileira de 1988 foi escrita de forma *compreensiva* de modo a conter os valores tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social. Valores que foram escolhidos pelo povo brasileiro, de forma bastante aberta, participativa e democrática.

2.3.3. Concretização constitucional: uma questão de eficácia

Outro ponto fundamental do neoconstitucionalismo é o foco na concretização da Constituição, com a busca de sua máxima eficácia. A efetivação dos direitos constitucionais é uma meta concreta. A aplicação real, no mundo ôntico, da Carta é um ponto marcante desse novo movimento. Nesse sentido são as palavras de Walber de Moura Agra (2008, p. 31), o neoconstitucionalismo "tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas à sociedade".

O foco está na aplicabilidade dos direitos constitucionalizados, notadamente dos fundamentais. Houve uma mudança de paradigmas; o foco central passa da *retórica* constitucional para a percepção de que, com base na doutrina e jurisprudência dessa nova ideologia, a Constituição deve ser concretizada; o foco vai para a *concretude*.

Um dos principais problemas das Constituições de Weimar (1919) e do México (1917), precursoras dos direitos fundamentais sociais, foi a baixa efetividade de seus preceitos. Cartas estas que surgem como uma superação do individualismo do Estado liberal do século XIX e "buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade" (BONAVIDES, 2009, p. 231). Cenário em que é flagrante a queda de juridicidade das Constituições, "postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiciosamente no texto das Constituições. O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima" (*Idem*, p. 233).

Os direitos fundamentais de segunda geração, com caráter estritamente positivo, exigem uma atividade prestacional do Estado para sua promoção. Contudo, em seu surgimento terminam muito mais a impor *simples programas* ou *objetivos* ao Estado do que sua aplicabilidade

concreta. Se verifica a propagação das teorias de normas constitucionais com eficácia programática, cuja efetividade era postergada para momento futuro. Alguns direitos constitucionais não eram considerados como normas de aplicabilidade imediata ante a necessidade de intermediação legislativa para sua concreção, a qual "ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador"; ao Judiciário "não se reconhecia nenhum papel relevante na realização do conteúdo da Constituição" (BARROSO, 2007, p. 23).

Konrad Hesse já atentava para este problema, principalmente por ter vivenciado a baixa efetividade da Carta de Weimar. Por isso, em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg na Alemanha, em 1959, afirma que a Constituição contém "uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado", que diz respeito à *força normativa da Constituição* (HESSE, 1991, p. 11). Ou seja, *a Constituição não é letra morta*, mas sim um texto cuja formação é política, mas a existência é jurídica e, como tal, tem normatividade suficiente para regular a vida social (pública ou privada). O célebre Rui Barbosa (1933, p. 489) já ensinava, com esse viés, que "não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras".

Então, segundo o novo pensamento constitucional, todas as normas constitucionais detêm eficácia jurídica; "são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado" (BARROSO, 2007, p. 23). É nesse contexto que surge o princípio hermenêutico da *máxima efetividade da Constituição* em relação "a todas e quaisquer normas constitucionais", embora em sua origem esteja ligado à tese da atualidade das normas programáticas; "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê" (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

Todavia, para a real eficácia da Constituição é necessária a vontade das autoridades públicas e de toda a sociedade no sentido de sua efetivação concreta. É por isso que Hesse (1991, p. 19) já afirmava em 1959 que a Constituição "converte-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)". Essa força ativa encontraria *limites* na incompatibilidade da

Carta com os valores sociais (condições naturais). Desse mal a Constituição brasileira de 1988 não sofre, conforme demonstrado.

Assim, vários atores sociais são necessários para a concretização constitucional: *os membros do Legislativo*, não deixando a liberdade de conformação se transformar em omissão constitucional; *os membros do Executivo*, participando do processo de escolha das políticas públicas – que no Brasil parecem ser escolhidas somente por eles, tamanha a força política deste Poder – e implementando-as; *os membros do Judiciário*, não se quedando inertes em face de abusos dos demais Poderes em relação aos direitos fundamentais ou de sua omissão inconstitucional na realização de prestações constitucionais; *a comunidade científica*, de todas as ciências sociais, mas sobretudo do direito, buscando respaldo acadêmico para a realização da Constituição; *a sociedade civil organizada,* participando do debate público, seja pela participação nas discussões políticas em novos espaços públicos, seja por meio da propositura de ações de natureza concentrada, seja proferindo opiniões como *ammicus curiae* e, também, *a sociedade civil inorganizada*, participando das discussões políticas na comunidade e realizando escolhas serenas de seus representantes. É essa situação de equilíbrio que é almejada pelo neconstitucionalismo. Mesmo que distante é algo a ser buscado.

Na seara da eficácia constitucional, o neoconstitucionalismo atentou ainda para o problema da *omissão inconstitucional* dos Poderes constituídos e trouxe à discussão esse tema. Atualmente, como dito, todas as normas constitucionais são consideradas eficazes. A questão agora gira em torno do *grau de efetividade de cada dispositivo constitucional*, uma vez que vige atualmente o princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais e da máxima efetividade da Constituição. Ela se impõe, portanto, como concretizadora de direitos, mesmo os prestacionais.

A omissão de órgãos estatais em relação aos mandamentos constitucionais, mormente os relativos ao *mínimo existencial*, conferem legitimidade à atuação dos demais. Surgem a *ação de inconstitucionalidade por omissão* e o *mandado de injunção*, instrumentos que serão analisados adiante, mas que, de ressalto, é possível destacá-los como meios atualmente eficazes contra a não implementação de *direitos sociais mínimos*, ou mesmo direitos individuais. Assunto que será retomado adiante.

A teoria do *mínimo existencial* – que afirma que os seres humanos necessitam de uma vida minimamente digna – permite que alguma proporção material para manter essa existência seja despendida pelo Estado, mesmo que por intermédio de decisão judicial, pois reflete um norte teórico dentro do novo constitucionalismo, uma vez que permite a concretização de direitos materialmente dispendiosos para o Estado, em casos excepcionais, sem a necessidade de intervenção legislativa. É, pois, teoricamente possível afastar a *reserva do possível*.

2.3.4. Dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento

O último ponto substancial do novo constitucionalismo é a colocação do princípio da dignidade da pessoa humana na medula da Constituição. O conceito de dignidade da pessoa humana tem sido utilizado na Europa Continental, conforme uma visão kantiana, como sendo a impossibilidade de redução do homem a um mero *objeto*. O ser humano será sempre *sujeito de direito* e nunca objeto dele. O Supremo Tribunal Federal, na Extradição 986, manifestou-se nesse sentido: "o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais".

Conforme observou Luis M. Cruz (2006, p. 6), o Tribunal Constitucional alemão, ainda no caso *Lüth*, de 1958, já havia identificado que *o núcleo* da ordem de valores objetiva "corresponderia ao princípio da dignidade da pessoa humana". É por muitos considerado como suprapositivo ou mesmo supraconstitucional. O próprio Tribunal Constitucional alemão já se manifestou nesse sentido: reconheceu "a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional" (LIMA, 2003, p. 201), entre os quais estaria a dignidade humana. Dessa forma, limitaria inclusive o Poder Constituinte originário[146].

Contudo, Alexy (2008a, p. 97 e 111-114) informa que, mesmo este princípio *não é absoluto*, aparenta sê-lo, mas não é; pode ser ponderado em determinadas situações, como na preservação da intimidade de outros. Distingue, então, o *princípio* da dignidade da *regra* da dignidade; esta é absoluta, enquanto aquele pode ser ponderado (sopesado), pois pode ser "realizado em diferentes medidas" (*Idem*, p. 113). É assim que um mínimo existencial brota.

[146] Já foi ressaltado que este poder não encontra limites jurídicos, mas encontra delineamentos morais, históricos, políticos, sociais, etc. Sobre o tema vide Alexandre Walmott Borges (2009, p. 46-50).

A vida digna de todos os cidadãos, *ao menos em um mínimo necessário*, deve ser protegida e promovida pelos órgãos constituídos de todos os três Poderes. Nenhum deles pode se abster legitimamente dessa obrigação constitucional. Nesse sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no HC 91529, *in verbis*: "Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais, dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais".

A Constituição de 1988 não só adotou esse princípio basilar, como o colocou em posição central ao nomeá-lo como fundamento da República (art. 1º, III da Constituição Federal). É, pois, um *princípio jurídico* que contém um *valor estrutural* para a sociedade e que, por isso, passa ao cerne das Constituições ocidentais nessa nova concepção teórico-ideológica do Estado. Esse *valor* insere-se, portanto, nas Constituições atuais como um *princípio basilar*, ao qual todos os Poderes constituídos devem respeito.

2.3.5. Constitucionalização do direito

Constitucionalização do direito refere-se a "um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico" (BARROSO, 2007, p. 28). Riccardo Guastini (2009, p. 49, tradução nossa) segue a mesma linha ao consignar que é "um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente 'impregnado' pelas normas constitucionais"; o que decorre da presença de "uma Constituição extremamente invasora, intrometida (penetrante, *invadente*), capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e o estilo da doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais".

Barroso (2007, p. 29) informa que há consenso razoável de que o marco inicial desse fenômeno se deu na Alemanha com a Lei Fundamental de Bonn de 1949. É observável também na Itália (1947), segundo constatação de Guastini (2009, p. 58-73) e em Portugal (1976), na Espanha (1978), no Brasil (1988), nos Estados Unidos (1787) e na França (1958), apesar de seu início ter sido mais tardio, conforme observou Barroso (2007, p. 28-32). Em relação ao Reino Unido, Barroso (*Idem*, p. 29), à época em de seu estudo, identificou que por lá não se verificava esse fenômeno por dois motivos: primeiro, a ausência de Constituição rígida e, segundo, a inexistência de controle de jurisdição constitucional. O primeiro óbice, teria sido afastado pela

adoção, em 1998, do *Human Rights Act*, incorporando ao direito interno a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O segundo, foi rechaçado no fim de 2009, posterior ao estudo do autor, uma vez que a Inglaterra constituiu seu sistema de controle de constitucionalidade. Só o tempo dirá se esse fenômeno será observável por lá.

Luis Roberto Barroso (2007, p. 33-36) ainda apresenta duas formas de esse processo se apresentar. Um deles é a o deslocamento de questões antes tratadas na legislação infraconstitucional (como o direito civil) para a Constituição; outro, é o deslocamento da centralidade do sistema para a constituição, o que faz com que a interpretação da legislação infraconstitucional tenha necessariamente que passar pela Constituição.

Riccardo Guastini (2009, p. 49-73, tradução nossa), doutrinador italiano, redigiu um dos melhores textos produzidos sobre a constitucionalização do direito, no qual aborda sete condições para a existência do fenômeno: 1) a *existência de uma constituição rígida*; 2) a *garantia jurisdicional da Constituição*, ou seja, a existência de controle de constitucionalidade que garanta a compatibilidade do ordenamento à Carta; 3) a *força vinculante da Constituição*, refletindo a ideia de que "todas norma constitucional – independente de sua estrutura e de seu conteúdo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos"; 4) a *'sobreinterpretação' da Constituição*, entendida como uma forma 'extensiva' de interpretar a Carta, extraindo-se dela inúmeras *normas implícitas* idôneas para regular a vida social e política, de modo que não hajam lacunas, nem espaços vazios de Direito Constitucional; 5) a *aplicação direta das normas constitucionais*, vinculada às duas anteriores, refere-se tanto a uma difusão da cultura jurídica quanto a uma atitude dos juízes, em que se reconheça que as normas constitucionais – sobretudo os princípios e normas programáticas – "podem produzir efeitos diretos e se aplicadas por qualquer juiz"; 6) a *interpretação conforme das leis*, na interpretação das leis os juízes devem buscar a que a compatibilize com a Constituição e evitar a que a considere inconstitucional e 7) a *influência da Constituição sobre as relações políticas*, que refere-se ao conceito de judicialização da política, tratado no início desse capítulo.

Em suma: a constitucionalização do ordenamento jurídico é um fato que ocorre na maioria dos Estados ocidentais e que reflete de uma forma *circular* e *retroalimentar* com as demais características, fazendo com que não só a separação de poderes tenha um novo viés, mas também que toda a sociedade passe a discutir e vivenciar a Constituição, visto que está inserida cada dia mais em seu dia-a-dia.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E AS POSSIBILIDADES E LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

No primeiro item, após a visualização geral do cenário atual do constitucionalismo realizada no capítulo anterior, um importante aspecto específico será observado, qual seja, como esse novo pensar constitucional reformula *a posição do Poder Judiciário e sua relação com os demais Poderes*. Depois, no segundo item, passa-se à análise geral da *legitimidade* da atuação jurisdicional no panorama atual. No terceiro item, com o objetivo de demonstrar que a situação estudada não é um fenômeno somente interno, mas que se difunde pelo mundo, será apresentado um estudo sobre a realidade alienígena. Criando, com isso, um cenário de observação que permita verticalizar os parâmetros de aferição específica da legitimidade do ativismo judicial, estudado no quarto item. Por fim, no item 3.5, são apresentados alguns limites à atuação ativista do Judiciário.

3.1. A posição do Poder Judiciário no Brasil contemporâneo

No presente tópico, a realidade apresentada no capítulo anterior será observada restritamente em relação ao Poder Judiciário; abordando-se, primeiro, a releitura do princípio da separação de poderes; segundo, a constitucionalização do direito e a centralidade da Constituição; terceiro, a judicialização; quarto, a interpretação/aplicação das normas jurídicas como processo criador e, por último, alguns aspectos da teria da argumentação jurídica.

A ciência jurídica apresenta diversos câmbios paradigmáticos ao longo do tempo. Lembrando um não muito distante, Luigi Ferrajoli (2009, p. 15-17) informa a alteração de perspectiva do *sistema pré-moderno* para o *Estado Legislativo de Direito*, que surge com as revoluções burguesas. O direito pré-moderno, que se fundava no jusnaturalismo, tinha uma formação não legislativa, pois não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas uma pluralidade de fontes que acarretavam que a produção jurídica se estruturasse em emanações jurisprudenciais e doutrinárias.

Com sua evolução da ciência jurídica e a alteração de sua base jusfilosófica para o positivismo, há uma "mudança de paradigma da jurisdição, que deixa de ser produção jurisprudencial do direito e se submete somente à lei e ao princípio da legalidade como únicas

fontes de legitimação" (FERRAJOLI, 2009, p. 16)[147]. Com isso, a concreção do direito se transforma em verificação do que tenha sido preestabelecido pela lei. Até mesmo a forma de escrever sobre o direito se altera, se antes os Tratados de Direito eram sistemas de teses e compreensões, os Manuais que surgem sob a nova corrente explanam comentários e explicações do código civil, única base para a interpretação.

Com essa explanação, foi possível perceber que a transformação do Direito Constitucional importa em mutações nos critérios hermenêuticos e na atuação judicial. Aceitando-se a modificação paradigmática do positivismo para o pós-positivismo (ou para quem preferir para um positivismo moderado), então, há que se reconhecer as alterações dela decorrentes. A principal delas foi a modificação da posição do Poder Judiciário nesse novo cenário.

Daniel Sarmento (2009, p. 280-281) destaca dois momentos da absorção da teoria neoconstitucional nacionalmente; o primeiro, considerado "o constitucionalismo brasileiro da efetividade", vem logo após a promulgação da Constituição de 1988 com a tese defendida por autores como Luís Roberto Barroso[148] e Clèmerson Merlin Clève[149] de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, "o que até então não ocorria"; o segundo, seria "o pós-positivismo constitucional", que tem como marco a publicação, em 1995, da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides e, em 1996, do livro *A ordem econômica na Constituição de 1988* de Eros Roberto Grau, que defendem essa teoria. Antônio Cavalcanti Maia (2006, p. XXVII) também faz referência a Paulo Bonavides como responsável pela introdução do termo pós-positivismo "para definir as mutações observadas no pensamento constitucional contemporâneo".

A atividade jurisdicional, em sua acepção mais clássica (Rousseau e Montesquieu), precisava oferecer à sociedade "uma segurança jurídica dotada de certa uniformidade, sem *ceder a todo qualquer apelo ou se amoldar a qualquer palato*, sob pena de pôr em risco a própria força normativa da Constituição e minar o ideário constitucional definido pelo Constituinte Originário"

[147] Daniel Sarmento (2009, p. 280) informa que as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo importam em uma mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro.
[148] Na obra *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
[149] Na obra *A teoria constitucional e o direito alternativo*: para uma dogmática constitucional emancipatória. *in Uma vida dedicada ao direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

(GOUVEIA, 2007, p. 4). Mas as coisas mudam, a sociedade e o direito também. E, com isso, essa visão começa a ganhar temperamentos a partir dos marcos históricos identificados no capítulo anterior – massacres de seres humanos na Segunda Guerra, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e os documentos que se seguiram, o Julgamento de Nuremberg, condenando um regime jurídico absolutamente fechado, as Constituições do pós-guerra e a criação das Cortes Constitucionais.

Nesse contexto neoconstitucional, que não se desenvolveu da noite para o dia, mas foi desenhado ao longo de mais de sessenta anos, a posição do Poder Judiciário[150] no sistema jurídico se transforma. Werneck Vianna e outros (1999, p. 20) observam que, a partir do Estado Social, com a alteração dos procedimentos e linguagem utilizados pelo direito, o Judiciário é mobilizado para "o exercício de um novo papel", pois é "a única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação". A Constituição tem seu *locus* alterado para o centro de todo o sistema normativo; perde a posição de adjacência em relação aos Códigos (civil, comercial, tributário, etc.).

A repartição do poder uno do Estado em três órgãos distintos permanece, porém a disposição de *poder* entre os Poderes constituídos enfrenta alguma alteração, porquanto "o velho princípio rejuvenesceu" (BONAVIDES, 2009, p. 558). Hesse (1991, p. 9-10) já alertava que "questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas" e, por isso, com apoio em Jellinek, informava que as regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos, pois as forças políticas movem-se consoantes suas próprias leis e atuam independentemente das forças jurídicas. Então, se há uma modificação na separação de poderes, essa não é uma opção simplesmente jurídica, seja da doutrina (teoria, ideologia ou metodologia do direito), seja da jurisprudência. É uma alteração iniciada pelo *poder político* que cria o próprio Estado[151].

É por isso que Carlos Dieder Reverbel (2009, p. 8) afirma que o Estado, antes de ser de Direito, é de política. E assim, conforme estudado no primeiro capítulo, as forças políticas criam

[150] Aqui, como dito no início do capítulo anterior, o Tribunal Constitucional, mais detidamente o Supremo Tribunal Federal, é percebido como órgão do Poder Judiciário.

[151] Essa afirmação tem caráter geral, não é pronunciada somente em relação à Constituição brasileira de 1988, mas em relação às Constituições nacionais anteriores e às Constituições matrizes desse movimento (alemã, italiana e as demais que se seguiram). Argumento que foi amplamente discutido no primeiro capítulo.

o Estado Constitucional Democrático e distribuem o poder organicamente entre os Poderes constituídos, *sob a forma e disposição que bem entender naquele momento*[152]. Portanto, é política que dita a disposição específica da tripartição de poderes. A depender da opção estampada na Constituição, esse ou aquele Poder pode ser mais valorizado em um dado momento histórico, enquanto, em outro momento, as conjecturas políticas Constituintes podem fazer opção inversa, como ocorreu reiteradamente na história.

Sempre houve momentos de preponderância de um Poder sobre os demais ao longo do tempo. Na França, o Poder Executivo corrupto foi rechaçado pelo movimento do Terceiro Estado. Nos Estados Unidos, foi o Legislativo tirânico inglês que incentivou o estabelecimento da Constituição. No Brasil, a proeminência do Executivo é notada em todos os momentos constitucionais, com alternâncias quase cíclicas de ascendência legislativa. A separação de poderes tem, pois, um conceito vivo.

No final do primeiro capítulo, foi possível demonstrar que a história constitucional brasileira deu grandes exemplos, não só em momentos de exceção, de como a divisão de poder varia com a realidade social da época. *Não há, pois, uma configuração pré-formada da separação de poderes*, mas sim uma concepção principiológica cuja real configuração é realizada pelo poder político que cria o Estado. Também se demonstrou que o Constituinte de 1987/1988 objetivou dotar o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, de *independência* e *poder* nunca vistos 'na história desse País'. Constitucionalizando, assim, uma opção política de *valorização* dos direitos fundamentais, bem como de *eficácia* dos direitos constitucionalizados, pois *instrumentalizou* algumas autoridades e a população com remédios, cujo destinatário é o próprio Judiciário, capazes de afastar vícios no sistema. Dessa forma, *legitimou* este Poder a assegurar a eficácia da Constituição.

O Poder Judiciário permaneceu em regra alheio às disputas pelo poder, uma vez que estaria fora das discussões políticas, afetas ao Legislativo e Executivo. O Judiciário seria um órgão técnico, dotado de linguagem e instrumentos próprios e, por isso, distante dos debates políticos. Com esse argumento ingênuo, se estabelece a teoria de Montesquieu (2002, p. 169): "dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo". É também com ele que

[152] Respeitando, por óbvio, as forças extrajurídicas que o cercam, nos termos já ressaltados.

se embasou a criação e manutenção das cortes constitucionais, uma vez que elas estariam acima das disputas políticas (LIMA, 2003, p. 205).

Sobre essa noção é estruturado o *Estado* (Legislativo) *de Direito*. É o próprio Montesquieu (2002, p. 167) que ensina a forma correta de interpretar a lei: os julgamentos devem ser fixos "a tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os comportamentos que nela são assumidos". Mais adiante arremata: "os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que esta lei não podem moderar nem a força nem o rigor" (*Idem*, p. 172). Para ele, a lei tem um caráter surpreendente, e o Legislativo seria o único órgão capaz de proferir conteúdos normativos e moderá-los, pois "compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei" (*Idem*).

Não havia a noção de controle de constitucionalidade pelo Judiciário, ou por órgão de cúpula independente da tripartição. Nem mesmo a Constituição moderna existia, pois o original de sua obra data de 1748. Muita coisa mudou desde então. Primeiro veio a estruturação do positivismo jurídico, o qual manteve essa visão por força de sua matriz de reconhecimento formal de validade normativa. Aí, os Códigos se propagaram a partir do famoso Código Civil de Napoleão de 1804. Aliás, conta-se que ele, ao saber que seu Código estava sendo interpretado por juristas teria dito: "o meu Código está perdido!" (BETIOLI, 1995, p. 297). Mito ou realidade, é uma boa representação do pensamento da época.

Mas as exigências sociais transformam-se, as quais requerem um novo papel da ciência jurídica. O direito precisa mostrar uma *pretensão de correção* em face da possível desnaturação do legislador. As barbáries facistas, nazistas ou anticomunistas (pós-64 no Brasil) não mais podem ser promovidas com a concordância do sistema jurídico. Nesse contexto, Zagrebelsky (2007, p. 112) verifica que a mudança *qualitativa* do *direito das regras* do Estado de Direito para o *direito dos princípios* do Estado Constitucional contemporâneo comporta *necessariamente* consequências muito sérias também para a jurisdição. "A ideia de subsunção abre espaço para a de ponderação; a independência da lei cede lugar à onipresença da Constituição e, enfim, a autonomia do legislador democrático é confrontada com a onipotência dos Tribunais Constitucionais" (VALE, 2009, p. 4).

Nesse cenário, a alteração na estrutura filosófica do direito faz com que a atuação judicial, cuja atividade típica é a concreção da norma, ganhe *especial relevo*. Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p. 20) assevera que a filosofia do direito no neoconstitucionalismo tem novas preocupações, "verificadas, sobretudo por meio de aplicação judicial", entre as quais: o cientista do direito com a percepção do que ocorre no mundo; os reflexos concretos da lei; a conexão do direito com parâmetros de racionalidade; a relação necessária com a moral e com a política, estas guiadas por uma pretensão de correção; o direito com coerência e proporcionalidade; o direito legitimado por uma sólida teoria da argumentação; etc. Dessa forma, "a quase totalidade dos autores envolvidos na mais recente discussão metodológica partilha a concepção de que o 'direito' tem algo a ver com 'justiça', com a conduta socialmente correta", restrita, ao menos de início, à justiça do caso concreto (LARENZ, 1997, p. 167).

Esse maior relevo do Poder Judiciário se dá, como visto no capítulo anterior, em face de alterações na *ideologia* constitucional (posição de centralidade da Constituição, concepção do Estado Constitucional Democrático, a vontade de concretização das normas constitucionais, a dignidade da pessoa humana como valor central da Carta, etc.) e na *teoria* constitucional (pós-positivismo, abertura valorativa da Constituição, princípios com normatividade e estruturalmente distintos das regras, concentração desses princípios na Carta, etc.). Tudo isso desemboca em uma posição de centralidade e relevo deste Poder na conjuntura da tripartição; o Judiciário é realmente um dos Poderes do Estado. O que não significa que acarrete necessariamente o *ativismo judicial*, porquanto centralidade é uma coisa, ativismo é outra.

Contudo, inevitável concluir que uma postura ativista nessa nova paisagem tem reflexos muito mais importantes (positiva ou negativamente), pois as decisões judiciais se expandem a um número maior de pessoas e sobre os mais diversos objetos (judicialização), inclusive no cenário político na defesa das minorias parlamentares (judicialização da política). Mas antes de enfrentar os limites e possibilidades do ativismo judicial, faz-se necessária a apresentação mais detida da atuação jurisdicional no neoconstitucionalismo.

Dois fatores: as citadas ***centralidade da Constituição*** e ***constitucionalização do direito***. Praticamente todos os assuntos são, direita ou indiretamente, constitucionais, o que influencia sobremaneira a interpretação judicial. Não por outra razão, Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p. 222) afirma que "toda a interpretação jurídica – direta ou indiretamente – é interpretação

constitucional". É o mesmo autor que explica que a vinculação ao texto constitucional se mostra de três formas: *direita*, *indireta negativa* e *indireta finalística* (*Idem*). A primeira aparece quando, independente de uma norma intermediária, o juiz aplica diretamente normas ou princípios constitucionais. A *indireta negativa* diz respeito ao juízo de compatibilidade com a Constituição, é a verificação de constitucionalidade prévia que se faz da norma infraconstitucional antes de aplicá-la. A *indireta finalística* refere-se à verificação, em um segundo momento, se a *aplicação concreta* da norma considerada constitucional produz resultados compatíveis com a Carta. Assim, de qualquer ângulo que se olhe, a interpretação passa pela Constituição.

Esse fenômeno se interliga com o que Riccardo Guastini (2009, p. 53-55) nomeou de *sobreinterpretação da Constituição*, a qual depende da *postura* dos intérpretes frente à Carta. É uma espécie de inclinação para interpretar a Constituição de forma extensiva de maneira tal que se extraiam inúmeras normas implícitas idôneas a regular a vida social e política, de modo a não restarem espaços vazios (livres) de Constituição. Como a liberdade do aplicador da norma aumenta no panorama atual essa forma de interpretar o direito também permite que o Judiciário seja um dos principais reguladores da atividade legislativa e da própria sociedade. Duas constatações se extraem desse ponto: 1) essa forma de ver o direito, apesar de não resultar, *ipsu iuri*, em *ativismo judicial*, é uma grande forma de incentivá-lo, ou mesmo uma brecha do sistema para que ele se mostre; 2) em certa medida, o sistema pode se mostrar aberto demais, o que demonstra a necessidade da busca de *limitações no seio das teorias da interpretação*[153].

O Supremo Tribunal Federal extrai alguns princípios implícitos da Constituição, entre os quais se encontram os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade[154], cuja distinção entre ambos não é muito clara na jurisprudência da Corte, e o princípio que informa que diante da falta injustificada de advogado de defesa do réu, é necessário "ensejar ao acusado a constituição de um novo causídico, o que lhe é garantido por princípio constitucional implícito" (HC 71408, julgado em 16.08.1999), entre outros[155]. Essa situação é favorecida com o extenso rol de direitos

[153] Aqui se apresenta um alerta específico em relação à *interpretação*, e não em relação aos demais pontos da teoria/ideologia neoconstitucional.
[154] Nesse sentido, a título de exemplo, foram os seguintes julgamentos: ADI 1922 MC e ADI 1976 MC, ambas julgadas em 06.10.1999.
[155] Diante da extensa e variada jurisprudência da Corte, bem como da falta de parâmetros para se estabelecer que dados seriam necessários à constatação da sobreinterpretação não há como se afirmar que o Supremo Tribunal Federal adota essa prática.

fundamentais e com a prolixidade quase casuística da Constituição de 1988. O Brasil vive em um ambiente de centralidade da Constituição e constitucionalização do direito.

Além disso, estes dois fenômenos demonstram também serem relevantes fatores de deslocamento do foco do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, com a consequente valorização de seus posicionamentos (julgamentos). No quadrante atual, este Poder passa a tomar decisões cada vez mais *relevantes para a sociedade*[156]. Sua posição política existe e passa a ser considerada.

Outro fator: a ***judicialização***. No processo de judicialização, diversas questões sociais, políticas, morais, religiosas, econômicas, entre outras são levadas ao Judiciário. Ele é decorrente do neoconstitucionalismo e de alguns de seus fatores internos já citados. Nesse sentido, Anderson Rosa Vaz (2007, p. 286) destaca que a institucionalização do poder no panorama atual reflete na "*juridicização* das relações".

Conforme já observaram Tate e Vallinder (1995, p. 1-10), não se trata de um fenômeno isolado, mas de característica global. A expansão do Poder Judiciário é um processo verificado não só no Brasil, mas nos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, África do Sul, Namíbia (*Idem*, p. 39-512), Bélgica (LEITE, 2008, p. 5-6), Irlanda (BINCHY, 2007, p. 169-216), Israel (SALZBERGER, 2007, p. 217-272), Espanha (VIANNA *et al*., p. 11), Índia[157], entre outros.

---

[156] Nesse sentido, estão diversos assuntos relevantes ultimamente discutidos no Supremo Tribunal Federal, como a taxação dos aposentados (ADI 3105), o aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54), pesquisas de células tronco embrionárias (ADI 3519), o racismo em face da liberdade de expressão (HC 82424), a legitimidade das cotas sociais (ações afirmativas) (ADPF 186), entre muitas outras. O que não ocorre somente na Corte Suprema, na justiça ordinária correm diversas ações civis públicas e ações populares que questionam temas diretamente constitucionais como o direito ambiental. A título de exemplo, é possível apresentar a ação civil pública nº 2007.34.00.014116-2 (Seção Judiciária do Distrito Federal, Justiça Federal) ajuizada pelo Ministério Público Federal. Ela debate a questão ambiental em uma invasão que se transformou em uma cidade de mais de 90 mil habitantes no Distrito Federal em uma zona de proteção ambiental, a qual gerou diversos efeitos tanto para o Estado quanto para a população ali estabelecida, compatibilizando-se as exigências constitucionais de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal) com a impossibilidade de retirada daquela população (conforme estudos do Exército e da Polícia Militar local). Situação que gerou inclusive estudo de caso colocado em artigo científico de nossa autoria com o título *Aplicação direta de políticas públicas de proteção do meio ambiente pelo Poder Judiciário: o caso Itapoã/Distrito Federal*, Anais do XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2010.

[157] Adiante, será analisado o ativismo judicial no direito alienígena especificamente em relação à Índia, África do Sul, Estados Unidos, Alemanha, Itália e Espanha.

Alguns fatores mostram-se visivelmente influenciadores desse processo. O primeiro, é a *constitucionalização do Direito*[158], que resulta no aumento da *quantidade* de temas tratados pelas Constituições contemporâneas, bem como a *profundidade* (grau de detalhamento e verticalização) com que são dispostos na Carta, como ocorre, por exemplo, nas Constituições da Itália de 1947, da Alemanha de 1949, da Índia de 1949, de Portugal de 1976, da Espanha de 1978, do Brasil de 1988, entre outras. Esse incremento temático *quantitativo* e *qualitativo* leva, *ipso iuris*, ao crescimento da importância da interpretação constitucional, vez que quase todas as relações sociais passam a estar contidas nas Constituições.

O segundo, é a *criação e consolidação das Cortes Constitucionais*. Conforme assinalado anteriormente com esteio em Javier Pérez Royo (2007, p. 796), os Tribunais Constitucionais, em sua origem surgem unicamente nos países europeus que tiveram excepcionais dificuldades para transitar do Estado Liberal do século XIX para o Estado Democrático do século XX, como a Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha. É bom lembrar que a criação desses órgãos ocorre no entreguerras; a Áustria, vencida na Primeira Guerra, teve que adotar o Tribunal Constitucional idealizado por Kelsen, ainda em 1920, como limitador ao Poder estatal. Não é por outra razão que Javier Royo (2007, p. 797) conclui que a função da Corte Constitucional "*no es hacer o bien, sino evitar que se haga el mal,* entendiendo por tal la actuación de los demás poderes del Estado al margen de lo previsto em la Constituición". Em sua origem, ingressa no sistema para controlar os Poderes constituídos e buscar a concretização da Constituição.

Se no entreguerras há a criação dos Tribunais Constitucionais, no segundo pós-guerra há sua expansão e consolidação. Somente a título exemplificativo dessa expansão: Alemanha (1951) e Itália (1956) foram as primeiras; após, sua irradiação para a Europa continental, prosseguindo pelo Chipre (1960) e Turquia (1961); seguida pelo fluxo de democratização, com as Cortes da Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982) e Bélgica (1984); o leste europeu também aderiu a moda no fim do século XX, com as Cortes da Polônia (1986), Hungria (1990), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993); por último os países africanos como a Argélia (1989), África do Sul (1996), Moçambique (2003) (BARROSO, 2007, p. 24) e, recentemente, Inglaterra (2009).

[158] Riccardo Guastini (2009, p. 49-52) e Barroso (2007, p. 28).

À medida que os Tribunais surgiam, a discussão sobre a legitimidade de sua atuação ganhava mais atenção da doutrina, da jurisprudência e da política, sobretudo em face de sua atuação contramajuritária. Em sua experiência histórica mostra que sua função originária tem um caráter estritamente negativo (ROYO, 2007, p. 797). É dessa forma que se sedimenta a legitimidade do *controle de constitucionalidade* por elas exercido. Desde o caso *Marbury vs. Madison* (1803), que consagrou o controle difuso, e a criação do modelo austríaco (1920), originário no controle concentrado, a legitimidade do controle dos atos legislativos (*judicial review*) exercido pelas Cortes Constitucionais a cada dia ganhou mais aceitação[159]. Atualmente a discussão mais fervorosa sobre a legitimidade do controle em seu *aspecto negativo* parece ter sido apaziguada.

Somem-se a isso, a proliferação de leis infraconstitucionais formando verdadeiros "labirintos normativos", nas palavras de Luigi Ferrajoli (2009, p. 20, tradução nossa), bem como a citada constitucionalização do direito. O resultado é *uma decisiva participação dessas Cortes*, e no Brasil do Judiciário como um todo em face da diluição do controle também na via difusa, *na escolha do que é ou não constitucional, do que é ou não direito válido, do que são ou não os valores sociais*. Com isso, aumenta sua participação no cenário político. Logo, verifica-se uma atuação significativa do órgão julgador em questões sociais, políticas, religiosos, em suma, na vida do país; o que demonstra o deslocamento, em certa medida, dos holofotes do poder do Legislativo para o Judiciário.

O terceiro fator que explica a judicialização a partir da análise do neoconstitucionalismo decorre do *próprio desenvolvimento plural* e da *complexidade relacional das sociedades contemporâneas*. Nessa perspectiva, a quantidade de minorias se expande, resultando na dificuldade de formação de maiorias parlamentares, podendo resultar no vácuo legislativo. Assim, a atuação do Judiciário se potencializa, pois os fatos permanecem regidos somente pelas regras e princípios constitucionais. Outro olhar, nessa mesma paisagem, demonstra que a maioria formada pode eventualmente não respeitar os direitos das diversas minorias existentes. É por isso que Neal Tate (1995, p. 30), constata que o Judiciário é utilizado como um recurso das minorias

[159] A legitimidade do controle de constitucionalidade não é discutida somente com a criação dos Tribunais Constitucionais. De 1803 até o terceiro quarto do século passado esse era um tema bastante controvertido, mas ganhou ares mais tranquilos de aceitação no final do século XX. Isso sob a atuação negativa do controle, pois no que se refere à atuação positiva há ainda muita discussão.

parlamentares contra as maiorias, como arma da oposição no jogo político. Fato que desencadeia a participação do Judiciário no cenário político. Outra possibilidade é a não promoção dos direitos das minorias compativelmente com os ditames da Carta, também chamando o órgão julgador a se pronunciar sobre a questão[160].

Esses são alguns dos fatores que influenciam de forma generalizada e global as sociedades ocidentais, onde o Brasil está incluído. No que se refere especificamente ao quadrante interno, algumas causas para a judicialização também são visíveis.

A primeira delas diz respeito à *crise de legitimidade dos órgãos legislativos* que se mostra desde os primeiros anos de vida da Constituição de 1988. Esse é um dos motivos que levam ao deslocamento do foco para o Poder Judiciário. A título de exemplo, é possível visualizar que, em face da dificuldade de obtenção de maiorias no jugo político, também os órgãos de classe, utilizam-se da justiça para buscar seus interesses corporativos (VIANNA *et al*., 1999, p. 57-58).

Uma segunda causa é decorrente da *criação dos Juizados Especiais* – primeiro os cíveis e criminais, depois o federal e atualmente os da Fazenda Estadual. Não precisa ser nenhum gênio para constatar o relevantíssimo aumento da *judicialização da vida social* decorrente da criação desses órgãos. No entanto, Luiz Werneck e outros (1999, p. 149-256), em pesquisa científica com viés sociológico, ilustra os efeitos numéricos da existência dessa "nova justiça". Suas conclusões demonstram que, por meio desses órgãos, a participação do Judiciário na vida da população brasileira teve aumento significativo. Ou seja, *a judicialização é um fato comprovado no Brasil*[161]. Luís Roberto Barroso (2010, p. 7-8) ainda identifica duas outras causas: constitucionalização abrangente e analítica (Constituição Federal de 1988) e o sistema de controle de constitucionalidade amplo em que se permite o acesso abrangente ao Supremo Tribunal Federal *por via de ação*. Acrescente-se a este último ponto que o acesso amplo também decorre da possibilidade de, *por via de exceção*, milhares de causas chegarem à Suprema Corte brasileira.

[160] A questão da omissão inconstitucional será tratada adiante.
[161] *Judicialização* não se confunde com *ativismo judicial*. Conceitos que serão aclarados no início do próximo capítulo.

Assim, há de se concluir que no mundo e especificamente no Brasil *o processo de judicialização é uma realidade comprovada*[162]. Fato que reflete em outra conclusão: o Judiciário, no panorama estabelecido pelos vários aspectos do neoconstitucionalismo, ganha visibilidade e projeção política como Poder estatal, encarnando, pois uma nova roupagem, pois a judicialização é um dos fatores que leva a essa consequência. É nesse contexto que Quaresma e Oliveira (2009, 890) informam que há atualmente um "protagonismo judicial" no Brasil.

Inserido no fenômeno de judicialização está a ***judicialização da política***, "fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria (arena política) para uma arena jurídica" (FAVETTI, 2003, p. 34). Também se verifica no Brasil a participação efetiva do Supremo Tribunal Federal nesse ponto específico, atuando na proteção do *devido processo legislativo*. Com essa rubrica o Supremo Tribunal reconhece sua competência para conhecer a julgar mandado de segurança impetrado por parlamentar contra atos da mesa ou da presidência que impeçam ou limitem suas prerrogativas constitucionais, nesse sentido estão os seguintes Mandados de Segurança: MS 22487[163], MS 22972[164], MS 23.565[165], MS 24041[166], entre outros;

---

[162] A comprovação está tanto nas justificativas ora expostas quanto em três obras que analisam ora a judicialização ora o ativismo judicial em diversos países do planeta: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995; DICKSON, Brice (org.). *Judicial activism in common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007 e SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*: constitutional politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000.

[163] EMENTA: PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA POR PARLAMENTARES. POSSIBILIDADE. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À CORRETA FORMAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS. (...) *Voto do Min. Celso de Mello*: Cabe assinalar, desde logo, *na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte* (MS 23.334-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 215/228-231, v.g.), que os membros do Congresso Nacional dispõem de legitimidade ativa ad causam para provocar a instauração do controle jurisdicional sobre o processo de formação das leis e das emendas à Constituição, assistindo-lhes, sob tal perspectiva, irrecusável direito subjetivo de impedir que a elaboração dos atos normativos, pelo Poder Legislativo, incida em desvios inconstitucionais. (MS 22487, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/08/2001, publicado em DJ 14/08/2001 P - 00236) (grifos não originais).

[164] Apesar de, ao final, o Ministro Neri da Silveira ter indeferido o *writ*, ao argumento de que não se tratava de hipótese semelhante, é possível verificar a legitimidade, pois houve conhecimento da ação. *Despacho Min. Neri da Silveira*: (...) [citação] decisão do relator, ilustre Ministro Moreira Alves, *in verbis* (fls. 7/8): a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder Judiciário - nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado - impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga. 4. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente Mandado de Segurança" (RTJ, vol. 99, pág. 1040, 2ª col.)." (MS 22972, Relator(a): Min. NERI DA SILVEIRA, julgado em 18/12/1997, publicado em DJ DATA-02-02-98 P-00025).

desde que o *writ* se fundamente "na sua condição de co-partícipe do processo de formação das normas estatais" (STF, MS 24041) e desde que respeitados, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes "às questões políticas" e "aos atos interna corporis" (RTJ 102/27 - RTJ 112/598 - RTJ 112/1023).

Neal Tate (1995, p. 30) destaca nesse tema a utilização do Judiciário como um recurso das minorias parlamentares contra as maiorias, como armas da oposição no jogo político. No País, se verifica essa possibilidade de judicialização da política na defesa de "direito público subjetivo das minorias parlamentares" (STF, MS 26441). Entre os diversos precedentes é possível citar o controle realizado pelo Pretório Excelso nos casos de tentativa da maioria parlamentar barrar a constituição de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) pelas minorias. Nesse sentido, a título meramente exemplificativo, alguns precedentes que demonstram o viés de proteção do direito das minorias parlamentares: MS 26441[167], MS 24831[168], entre muitos outros.

---

[165] Nesse precedente, ficou consignado que a legitimidade para a propositura do mandamus é somente do parlamentar e não de outros cidadãos. EMENTA: (...) CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE (CF, ART. 60, § 4º). MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. WRIT MANDAMENTAL UTILIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO. FALTA DE QUALIDADE PARA AGIR. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO. (...) (MS 23565, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 10/11/1999, publicado em DJ 17/11/1999 PP-00033). Nesse precedente, ficou consignado que a legitimidade para a propositura do mandamus é somente do parlamentar e não de outros cidadãos.

[166] EMENTA: CONSTITUCIONAL. MESA DO CONGRESSO NACIONAL. SUBSTITUIÇÃO DO PRESIDENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DE MEMBRO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS EM FACE DA GARANTIA DO *DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO*. (...) COMPOSIÇÃO. PRESIDÊNCIA DO SENADO E PREENCHIMENTO DOS DEMAIS CARGOS PELOS EQUIVALENTES EM AMBAS AS CASAS, OBSERVADA A ALTERNÂNCIA. MATÉRIA DE ESTRITA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR NORMA INTERNA - REGIMENTO DO SENADO FEDERAL - PARA INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (MS 24041, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2001, DJ 11-04-2003 PP-00028 EMENT VOL-02106-02 PP-00376) (grifos não originais).

[167] E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA. (...) POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DE CARÁTER POLÍTICO, SEMPRE QUE SUSCITADA QUESTÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL (...) COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - *DIREITO DE OPOSIÇÃO* - *PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES* - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - IMPOSSIBILIDADE DE A *MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DE QUALQUER DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR* (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na

Sobre a posição do Supremo Tribunal Federal, já nos pronunciamos na obra *Jurisprudência do STF: anotada e comentada*, *in verbis*:

> O Supremo Tribunal entende que é direito público subjetivo das minorias a instalação de CPI. Asseverou que os requisitos insculpidos no art. 58, § 3.º da CF são *numerus clausus* (taxativos). Em outros julgados o STF entendeu o seguinte sobre estes requisitos: 1) *requerimento de um terço de seus membros*, sem a necessidade de aprovação pelo Plenário, Mesa ou qualquer outro órgão da Casa Legislativa ou mesmo de falta de indicação de seus integrantes pelos líderes partidários, uma vez que se trata de direito subjetivo das minorias (MS 24.831, j. 22.06.2005); 2) *apuração de fato determinado*, nos quais podem ser incluídos fatos conexos ou que dependam direta ou indiretamente dos fotos principais, mas nunca pode haver apuração genérica e 3) prazo certo: é fixado previamente mas pode ter sucessivas prorrogações até o limite da legislatura (4 anos), conforme art. 5.º, § 2.º Lei n.º 1.579/53 e HC 71261 (DJ 24.06.1994)**.** (FERNANDES e CAVALCANTI, 2009, p. 245).

Da mesma forma, os sindicatos (confederações de classe), utilizam-se da justiça para buscar seus interesses corporativos (VIANNA *et al*., 1999, p. 57-58). Os partidos políticos, por seu turno, procuram "instituir no Judiciário uma arena alternativa à democracia representativa", sendo que os partidos de esquerda, à época do estudo partidos de oposição, eram responsáveis por 80,4 % da propositura de ações diretas de inconstitucionalidade – ADIs contra diplomas federais, em contrapartida aos 73,7 % de sua utilização pelo total de partidos (*Idem*, p. 57-59). Dados e constatações que demonstram que a judicialização da política é também um fato no país. Luiz Werneck e outros (*Idem*, p. 53) concluem sua pesquisa constatando que esse processo é singularizado no Brasil em face de sua utilização, não somente por partidos políticos, minorias parlamentares e confederações de interesses, mas também por agentes institucionais como governadores e procuradores, por força da ampla legitimidade para a propositura da ação direita de inconstitucionalidade.

---

perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. (...) (MS 26441, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-03 PP-00294).

[168] E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. (...) (MS 24831, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 04-08-2006 PP-00026 EMENT VOL-02240-02 PP-00231 RTJ VOL-00200-03 PP-01121).

Vale lembrar a explanação de Inocêncio Mártires Coelho (MENDES *et al*., 2007, p. 134), que observa nessa atuação um viés também democrático, pois muitas vezes as minorais vencidas no debate político tem a possibilidade de "levar a matéria para um *segundo turno* de discussão e votação, fora da arena política, só essa possibilidade já impele o governo e a sua base parlamentar a negociar com as minorias". Vista desse ângulo a judicialização da política seria repressiva ou inibidora de inconstitucionalidades.

Entre as hipóteses de *judicialização da política*, há ainda o que Ariosto Teixeira (2001, p. 43) identificou como sendo a participação dos juízes "no processo de decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas". Tema que será tratado no item seguinte, juntamente com aspectos relativos à legitimação ou não dessa atuação.

Mais um fator: uma das principais alterações no sistema – esta de natureza teórica – refere-se à ***interpretação*** e ***concreção*** das normas jurídicas. Um *caráter inevitavelmente criativo* é admitido para a delimitação do conteúdo da norma jurídica expressado em seu enunciado. Norma jurídica não se confunde com o texto da norma, lembra Humberto Ávila (2009, p. 30-31). A identificação do conteúdo normativo depende da participação do intérprete. Logo, como visto, o aplicador do direito passa a ter um especial papel em sua interpretação e concreção. Os clássicos critérios hermenêuticos de Savigny (gramatical, lógico, histórico e sistemático), que não levavam em conta a atividade do intérprete são acrescidos de diversos outros métodos interpretativos.

Nessa perspectiva, Alexandre Walmott Borges (2009, p. 60) ressalta que "interpretar a norma leva em consideração os valores". O juiz passa a poder invocar *o justo*[169] contra *a lei* (VIANNA *et al*., p. 21). Dessa forma, os descalabros antes cometidos em nome da lei podem ser afastados. Para André Rufino do Vale (2009, p. 3), o processo de interpretação/aplicação da norma é imerso "numa dimensão argumentativa simultaneamente jurídica e moral, emprestando à atividade judicial um caráter inevitavelmente criativo".

[169] Vale frisar que há uma ampla discussão mundial acerca do que seria o justo – ou a justiça; discussão que não se pretende adentrar no presente estudo. A situação que ora se coloca é de que os magistrados não são obrigados a decidirem sempre adstritos aos parâmetros legais, em alguns casos há a possibilidade de utilização de argumentos de justiça, equidade, etc. para justificar decisões que se distanciem da lei, desde que a aplicação legislativa ao caso concreto se mostre flagrantemente injusta.

Com isso, desenvolve-se a noção atual de que interpretar é, em certa medida, *criar direito*. Os magistrados são considerados "legítimos criadores do direito, e não simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, obviamente não resolveriam os problemas suscitados pela convivência humana" (MENDES *et al*., 2007, p. 120). O Poder Judiciário e a ciência jurídica "constroem significados" (ÁVILA, 2009, p. 34), pois a "norma jurídica não é pressuposto, mas *resultado* da interpretação" (COELHO, 2002, p. 62).

E essa construção no pós-positivismo tem formas distintas de manifestação a depender da espécie de norma a ser interpretada. O conteúdo das regras se mostra com a aplicação de *critérios subsuntivos*, enquanto os princípios demandam sua *ponderação* em concreto com os demais princípios constitucionais (ALEXY, 2008a, p. 91-106; DWORKIN, 2002, p. 36-40). Dessa forma, a concreção dos princípios exige uma participação ainda mais relevante do intérprete. Por isso que, para Zagrebelsky (2007, p. 112, tradução nossa), os princípios são aplicados segundo uma atividade mecanicamente construtiva, "com caráter inevitavelmente criativo ínsito na determinação de seu significado". Em uma ou outra espécie normativa a participação do aplicador do direito, notadamente os magistrados, é substancial. Por isso, a atividade judicial passa a ter suma importância para *o direito* e para a *configuração dos Poderes constituídos*[170].

Acrescente-se um fator: os aplicadores/construtores das normas jurídicas – os juízes – não são mais vistos como 'seres inanimados'; são pessoas concretas, com alegrias, medos, angústias, paixões, ou seja, idiossincrasias. A *neutralidade* se desprende da *imparcialidade* do julgador; a primeira continua a ser exigida, enquanto a segunda mostrou-se antropologicamente impossível[171]. Por isso, a *pré-compreensão* da realidade e do direito não é mais desprezada, visto que "toda compreensão se dá a partir da pré-compreensão do direito" (COELHO, 2002, p. 97).

[170] Esse fenômeno foi identificado no capítulo anterior como a *mudança de foco do Legislativo para o Judiciário*, apresentado no item 2.3.1.2.5.

[171] Nesse sentido, Zaffaroni (1994, p. 107-110) ressalta que a figura do juiz neutro é antropologicamente impossível. Nessa medida, trazendo ao contexto, é possível afirmar que o ser humano totalmente neutro não existe, visto que não se separa de suas vivências e pré-compreensões. Nessa mesma linha, importa buscar apoio na doutrina processual civil no que se refere à diferença entre imparcialidade e neutralidade. Fredie Didier Júnior (2007. P. 73) destaca que "não se pode confundir *neutralidade* com *imparcialidade*. (...) Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (Terácio, 'Homo sum, humani nihil a me alienum puto')".

Nessa órbita, Häberle (2002, p. 14) infere que a interpretação não é apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão do sentido da norma. Na mesma seara, Fátima Nancy Andrighi (1997, p. 2)[172] afirma que os preconceitos e pré-compreensões sobre determinados assuntos podem influenciar no julgamento da causa e, diante disso, incentiva os magistrados a tentarem se manter o máximo possível afastados deles para que seu julgamento não seja comprometido.

Logo, a interpretação da norma permite uma série de situações possíveis – que podem levar a sentidos diversos – na medida em que cada intérprete tem uma forma de enxergar o mundo. Para Riccardo Guastini (2009, p. 56, tradução nossa), os textos jurídicos "nunca" são suscetíveis "a uma só interpretação", pois cada interpretação de um mesmo texto normativo produz uma norma diversa. É aí que surge o que Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 60) chama de *acordo tácito* – ou *cumplicidade* (citando Reale) – entre legisladores e juízes, em que o Parlamento continua com o monopólio da redação das leis, mas o judiciário fica liberado para interpretá-las criativamente, de preferência reiterando-as dentro de um *sentido literal possível* – agora citando Larenz.

Todavia, esse *acordo tácito* não ilide que a abertura e criatividade citadas possam resultar em substancial redução de *objetividade* do sistema[173] e, por consequência, de *segurança jurídica*. Isso porque, "sem um mínimo de segurança e previsibilidade quanto ao desfecho dos conflitos humanos, seria de todo impossível a convivência social" (MENDES *et al*., 2007, p. 124). Ciente dessas constatações a ciência jurídica inicia um aprimoramento dos estudos das teorias da interpretação, bem como das teorias da argumentação jurídica. Alertas como o de Fátima Nancy, apesar de importantes, não podem ser as únicas formas de limitação da atividade judicial. A ciência jurídica precisa encontrar mecanismos que preservem, também nessa nova ideologia, a segurança jurídica e a objetividade. Pois, conforme observação de Karl Larenz (1997,

[172] Sobre a pré-compreensão do intérprete no ato de julgar, a Ministra Fátima Nancy Andrighi (1997) redigiu esse interessante artigo intitulado *A minha pré-compreensão do ato de julgar* em que conta um caso relatado por Calamandrei de um cavalo mordedor cuja ação foi severamente reprovada, após, que um cavalo mordeu seu filho na infância; é a partir daí que desenvolve aspectos como a possível canalização inconsciente da conduta e a necessidade de cuidado do magistrado para não cair na tentação de julgar somente conforme sua visão de mundo, pois "é certo que no ato de sentenciar não há como fazer evadir todo o sentido crítico que são prescritos pela concepção individualista".

[173] O conteúdo da objetividade do sistema jurídico, com base em estudo de Coleman e Leiter foi desenvolvido no item 2.3.1.2.6 infra.

p. 166), a exigência colocada aos juristas é "tanto quanto possível [a] 'objetivação' do processo de interpretação".

É com o viés de contenção da atividade judicial que as ***teorias argumentativas*** ganham bastante relevância na ótica atual. Elas encarnam, então, um papel limitador da atividade dos magistrados. Como o juiz "se pronuncia em nome do povo", ele não pode se orientar somente por suas "próprias ideias" (ALEXY, 2008b, p. 31). O mesmo autor ainda informa que, mesmo considerando-se que a jurisprudência necessita de valorações, seria um erro dizer que haveria "um campo livre para as convicções morais subjetivas do ou dos aplicadores do direito" (*Idem*, p. 30). Esta conclusão só seria possível se não houvesse nenhuma possibilidade de objetivar essas valorações. As teorias da argumentação jurídica encontram esse desiderato de tentar impor algum limite à atuação judicial na atual concepção de direito aberto, em certa medida, aos valores.

Portanto, os *limites* à interpretação judicial são dados pelo próprio processo de interpretação (hermenêutica), argumentação jurídica, tópica, etc.; entre os quais se encontra a *fundamentação* racional das decisões. Nessa seara, Luis Roberto Barroso (2007, p. 27) delimita alguns critérios para assegurar a legitimidade e racionalidade das decisões; para ele, o intérprete deverá:

> (i) reconduzi-la [a interpretação] sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Sobre a criação do direito pelo aplicador, sua pretensão de correção e a argumentação jurídica como instrumento de limite, tudo em relação ao Judiciário, mais especificamente em relação à Corte Constitucional, Konrad Hesse faz uma aclaradora explanação que é sintaticamente resumida por Habermas. Por ser um pouco longa, pede-se licença para transcrever:

> (Numa resolução do dia 14 de fevereiro de 1973, o Tribunal Constitucional Federal [alemão] tomou a ofensiva e tratou dessa problemática em relação a LeiFundamental, art. 20, al. 3): 'O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um *mais* de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões'. E, logo em seguida, se afirma que a interpretação correta deve ser 'encontrada', isto é, elaborada numa 'argumentação racional'. Outras formulações, que atribuem ao tribunal constitucional a função do

> desenvolvimento do direito através do 'encontro criativo do direito', deixam de entrever, contudo, uma auto compreensão problemática do tribunal. K. Hesse enfrenta esse ponto com a observação ousada, justificada de acordo com as considerações do capítulo anterior: 'Certamente as decisões da jurisdição constitucional contém um momento de configuração criativa. Porém toda a interpretação revela um caráter criativo. Ela continua sendo interpretação, mesmo quando serve para a resposta de questões do direito constitucional e quando ela tem como objetivo normas da dimensão e da abertura das normas do direito constitucional. A concretização de tais normas pode reservar dificuldades maiores do que as das prescrições mais detalhadas; todavia, isso não muda o fato de que, em ambos os casos, se trata de processos estruturalmente análogos'. Nesta visão, as competências amplas do Tribunal Constitucional Federal não constituem necessariamente uma ameaça à lógica da divisão de poderes. (Habermas, 2003, p. 303-304)[174].

A argumentação jurídica, pasmada na *fundamentação lógica* das decisões, apresenta-se como um limite interno e racional à atuação jurisdicional no neoconstitucionalismo. Simplesmente porque, "à míngua de fundamentação, todo ato decisório tem-se por ilegítimo, objetivamente inválido e incompatível com a ideia do direito como instrumento da ordenação *justa* e *racional* da convivência humana" (COELHO, 2002, p. 70). Fundamentação que deve respeitar condições racionais e lógicas sob pena de também se considerar inválida.

As teorias da argumentação jurídica – como a de Alexy (2008b) e de MacCormick (2006), que serão especificamente tratadas no item 3.5 – servem de apoio racional à ciência jurídica com o foco na manutenção de um certo grau de determinabilidade e objetividade sistêmica; no mínimo, a *objetividade modesta* (Coleman). As teorias de Alexy e MacCormick buscam sustentação na argumentação prática ou moral para ampliar as possibilidades de participação no discurso e promover sua racionalização, mas com uma especialidade em relação ao Direito: estar contida em um contexto normativo.

Contudo, a interpretação jurídica atua em campo diverso da argumentação, apesar de tangenciarem-se. A *aplicação* de uma norma jurídica em concreto exige mais que sua simples interpretação, necessita de um trabalho hermenêutico de *ajustamento* entre normas e fatos, onde "se fundem, necessariamente e inseparavelmente, a *compreensão*, a *interpretação* e a *aplicação* e modelos jurídicos" (COELHO, 2002, p. 64). Nesse campo, o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto. Tanto no

[174] A fonte original de Hesse é em alemão, por isso não se utilizou o original.

olhar subjetivo quanto no objetivo, ele *cria norma jurídica concreta e individual* (NUNES, 2010, p. 60-68).

A interpretação da norma é considerada uma atividade intelectual que tem dupla finalidade: encontrar o sentido da norma e tornar possível a aplicação de enunciados normativos a situações da vida (MENDES *et al*., 2007, p. 49). Além da argumentação jurídica, há as *teorias hermenêuticas* que, apesar de atualmente não receberem grande destaque, também estabelecem critérios para a interpretação jurídica (MOREIRA, 2009, p. 223-227). Como a interpretação da norma passa – direta ou indiretamente – pela interpretação da Constituição[175], ganham projeção diversas metodologias para sua interpretação. Inocêncio Mártires Coelho (MENDES *et al*., 2007, p. 90-103) destaca nada menos que seis métodos diferentes de interpretação constitucional: *jurídico* ou *hermenêutico-clássico*, *tópico-problemático*, *hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual*, *normativo-estruturante* e *da comparação constitucional*.

Sem discrepância, "os estudiosos ressaltam a necessidade de utilização de critérios objetivos e controláveis em todo o itinerário hermenêutico" e não somente em parte desse processo – a argumentação jurídica (COELHO, 2002, p. 69). Canotilho (2003, p. 1207), na mesma linha de ideias, informa que uma *tarefa* que se impõe *metodicamente* é "1) encontrar um resultado constitucionalmente 'justo' através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; 2) fundamentar esse *resultado* também de forma racional e controlável (Hesse)".

Na atualidade, Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p. 225) destaca que as *metodologias hermenêuticas* se misturam; "podem perfeitamente ser diferentes as metodologias aplicadas em um mesmo contexto, até em um mesmo caso (caso a decisão seja tomada por órgão colegiado)". Assim, ressalta que o *purismo metodológico-constitucional* não faz parte da tradição nacional. O neoconstitucionalismo "não defende critérios de cientificidade metodológica, mas não os despreza" (*Idem*, p. 226). Nessa direção, Canotilho (2003, p. 1210) aduz que a questão do "método justo" é um dos problemas mais controvertidos e difíceis; no momento atual, poder-se-á dizer que "a interpretação das normas constitucionais é *um conjunto de métodos*, desenvolvidos

[175] Olhando do enfoque não da norma a ser interpretada mas da incidência da Constituição, Luís Roberto Barroso (2010, p. 5) também consigna duas formas de interpretação da Constituição: *a direta*, que se refere à aplicação da Constituição às situações nela contempladas, e *a indireta*, que envolve a aferição da validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou a atribuição a esta de um melhor sentido em meio a diferentes interpretações possíveis (interpretação conforme à Constituição).

pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, espistemiológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares".

Acrescente-se que a possibilidade de escolha do método e de seu manejo pelo intérprete é guiada por sua *pré-compreensão*, o que acaba "condicionando, se não mesmo determinando, o conteúdo das decisões" (COELHO, 2001, p. 28-29). Dessa forma, a escolha do método se traduz muito mais pela preferência do intérprete, por isso as metodologias utilizadas precisam ser adequadamente justificadas, defende Moreira (MOREIRA, 2009, p. 227). Em suma, não há um método pré-determinado, é o intérprete que fará as escolhas dos métodos que mais se compatibilizem ao caso concreto, desde que se apóie em uma escolha lógica e racional.

Há de se ressaltar que essa mudança de foco jusfilosófico, segundo o qual o intérprete é quem fixa o conteúdo das normas, notadamente dos princípios diante de seu caráter *prima facie*, não resulta diretamente no fenômeno nomeado de *ativismo judicial*. Resulta sim em um crescimento da importância contemporânea do Judiciário, sem que se retire a importância essencial do Legislativo.

O Judiciário ganha evidência, mas como o ativismo é uma *postura*, uma *forma de agir*, cabe aos seus membros optarem ou não por ela. Opção esta que encontra diversos *limites internos* e *externos* no ordenamento e na política. Um desses limites, de caráter intrínseco (interno) ao direito, refere-se às teorias interpretativas e argumentativas que demonstram uma forma racional de se justificar a opção do magistrado. Os limites externos, outros limites internos e o aprofundamento nas teorias da argumentação jurídica serão tratados no item 3.5.

Tudo o que foi exposto nesse item demonstra que o Judiciário mudou; a separação de poderes tem uma concepção diferenciada em relação à ideia clássica. Este Poder "passa a ter outra conotação no atual cenário sociopolítico", qual seja, a de *garantidor dos direitos constitucionais* (PINHEIRO, 2008, p. 135). É tempo, então, de caminhar por outros rumos, agora referentes à demonstração da legitimidade dessa novel atuação.

3.2. Legitimidade da atuação do Poder Judiciário no cenário atual

Cumpre ressaltar que as disposições adiante apresentadas não se referem à legitimidade do ativismo judicial, mas sim da atuação geral do Poder Judiciário segundo o novo paradigma constitucional. Adiante não se analisarão aspectos específicos desta atuação relativos ao ativismo

judicial; o que será feito no item 3.4. Por hora, será verificada somente a legitimidade da atuação judicial dentro do atual cenário de judicialização, constitucionalização do direito e demais aspectos do neoconstitucionalismo.

Legitimidade diz respeito à compatibilidade entre as decisões do poder e os anseios sociais. Isso se dá, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 58), pelo "*reconhecimento*, em última instância[176], das decisões do detentor do poder". Enquanto as decisões do Poder Judiciário "se legitimam, não pela obtenção do consenso concreto, mas pela neutralização das decepções" (*Idem*, p. 80). Demonstra-se faticamente pelo cumprimento espontâneo da decisão tomada, pela "prontidão generalizada" para aceitação das decisões proferidas (*Idem*, p. 58). Quando se fala em legitimidade da atuação do Judiciário na correção de inconstitucionalidades, surge então uma distinção teórica que precisa ser apresentada; trata-se do debate entre as correntes *procedimentalistas* e *substancialistas*[177].

A primeira, encabeçada por Habermas, Ely e Garapon, informa que a crescente e invasora presença do direito na política é ilegítima, porquanto enfraquece a democracia em face da possibilidade de juízes, não legitimados democraticamente pelo povo, poderem invalidar os atos praticados pelos poderes políticos. A Constituição não poderia conter valores que possam determinar a conduta dos cidadãos, conforme entendimento comum de Habermas e de Ely (HABERMAS, 2003, p. 326-330). Para Habermas (*Idem*, p. 326), a Constituição determina *procedimentos políticos* que permitem aos cidadãos assumirem seu direito de autodeterminação para poderem perseguir cooperativa ou democraticamente as *condições justas de vida*.

Esta corrente questiona legitimidade do Tribunal Constitucional, o qual deveria entender a Constituição segundo uma compreensão procedimental, de modo a permitir a realização da democracia. "Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito" (HABERMAS, 2003, p. 326). É por isso que Habermas censura a interpretação construtiva do direito nos moldes expostos anteriormente. Fazendo referência à visão de Ely, Habermas (*Idem*, p. 327) consigna que os direitos de comunhão e participação, essenciais para a formação da vontade democrática, "adquirem lugar privilegiado". Em essência, a visão procedimentalista se estabelece sobre o primado da *democracia* – para que se permita a

[176] Palavra não utilizada com a concepção de instância judicial, mas como "em última análise" ou "ao final".
[177] Questão que se apresenta preliminarmente, cujo aprofundamento não se faz necessário.

"cidadania ativa" tão corroída no Welfare State – e da valorização da vida associativa – não permitindo sua transformação em "cidadão-cliente, dependente do Estado".

Garapon percebe consequências perversas na paisagem apresentada ao longo do presente estudo, pois resultaria na estatalização dos movimentos sociais, na decomposição da política, na erosão da lei como expressão da soberania popular, na politização da razão jurídica (WERNECK *et al*.,1999, p. 24). Para Garapon, o gigantismo do Judiciário desestimularia o agir orientado para os fins cívicos.

A corrente *substancialista*, com Cappelletti, Dworkin, Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso e muitos outros[178], acredita que as novas relações entre direito e política seriam inevitáveis e favoreceriam o enriquecimento da igualdade, sem prejuízo da liberdade. Concepção que permite a integração do direito com valores socialmente aceitos por meio dos princípios que oxigenam a Constituição. Para essa concepção, o Judiciário é visto como "instituição estratégica nas democracias contemporâneas" (WERNECK, 1999, p. 24). Há espaço de "legitimação discursiva e argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de 'contraponto e complemento'" (BARROSO, 2010, p. 15)[179].

Na visão de Cappelletti (1999, p. 99), "os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema". Para Luis Roberto Barroso (2010, p. 15-16), a atuação judicial contramajoritária em defesa dos elementos essenciais da Constituição "se dará a favor e não contra a democracia". São nesse sentido também as palavras de Bonavides (2009, p. 576-578):

> Mas sobreviver como? À sombra das Constituições e dos Tribunais Constitucionais, cuja jurisprudência atualiza, a cada aresto oracular, tanto a matéria dos direitos sociais como a da limitação de poderes. Removendo ambiguidades ou solvendo controvérsias, faz-se, pela via hermenêutica, o texto se acercar da realidade, ou seja, produz-se a eficácia, a juridicidade, o respeito e o cumprimento rigoroso das normas constitucionais.

Não obstante, em que pesem as promessas trazidas nessa concepção, segundo um de seus próprios defensores, Mauro Cappelletti (1999, p. 133-135), pode importar em ameaça à cidadania viva. Por essa razão, o presente trabalho apresentará em seu desfecho final diversos

[178] No Brasil, é possível se dizer, a partir de constatação empírica, que essa é a corrente majoritária.
[179] Afirmação do autor teve como base artigo inédito de Eduardo Bastos Mendonça intitulado *A constitucionalização da política*: entre o inevitável e o excessivo, p. 10.

limites à atuação judicial ativista, pois, nas palavras de Lord Acton que já se tornaram domínio público, "todo poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente".

A visão adotada no presente estudo, conforme já ficou nítido, é a substancialista, porquanto, sobretudo no Brasil, é a que mais se mostra apta manter condições mínimas de vida para a população mais desfavorecida. Um simples olhar histórico demonstra a desigualdade de renda e de condições de vida da população. Em 2008, da população brasileira vivia abaixo da linha de miséria (pobreza absoluta), enquanto a taxa de pobreza foi de 28,8% da população[180]. São números que demonstram que milhões de vidas humanas vivem atualmente sem condições existenciais mínimas. Em que pese tenha havido reduções significativas e as projeções estatísticas demonstrarem que essa evolução deve se manter[181], há ainda milhões de pessoas que dependem do Poder Judiciário para a realização de alguns direitos básicos – mínimo existencial – que possam eventualmente ser 'esquecidos' pelos governantes.

Mas a história demonstra que *tensões* existem na luta pela efetivação de direitos[182]. Não é por acaso que a sociedade ocidental contemporânea atingiu um estágio tão avançado de evolução jusfundamental. Em alguns momentos até mesmo sangue precisou ser derramando para que as pessoas conseguissem um mínimo de respeito ao seu direito de serem *humanas*. A construção do constitucionalismo foi resultado de grandes rupturas – e muitas mortes – com Revolução Francesa e o movimento constitucional norte-americano até que se declarasse que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos" (art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) ou a garantia da liberdade (preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 – art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia). Depois, o descaso com os problemas sociais de uma liberdade sem igualdade também gerou "novas reivindicações" no limiar entre os séculos XIX e XX, que resultaram em alguns locais em regimes totalitários (BRANCO, 2002, p. 109-100).

---

[180] Dados retirados da notícia publicada no Estadão no dia 13 jul. 2010 com o título *Brasil deve eliminar miséria até 2016, diz Ipea*. Disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia+brasil,brasil-deve-eliminar-miseria-ate-2016--diz-ipea,not _27206,0.htm>. Acesso em 23 ago. 2010.

[181] Segundo análise de dados do IBGE e PNAD realizado pelo IPEA, o número de brasileiros que vivem abaixo da linha de miséria deve ser reduzido a zero em 2016 e os que ficarão abaixo da linha de pobreza serão 4%.

[182] Frise-se que é possível que a *luta simplesmente pelo poder* seja mascarada com o título de *luta pelos direitos*, não parece ser aquela a luta atual do Poder Judiciário. Nesse sentido é a constatação de Werneck Vianna e outros (1997, p. 12), na medida em que identifica o protagonismo do Judiciário como sendo "menos o resultado desejado por este Poder, e mais um efeito inesperado da transição para a democracia".

A distribuição interna do poder também pode gerar um cenário de grande *tensão*. O próprio caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, precursor do controle de constitucionalidade (*judicial review*) nos Estados Unidos, apresentou um forte componente político de afirmação da Suprema Corte recém criada como Poder estatal (MENDES *et al*., 2007, p. 182-185). No Brasil, um nítido exemplo dessa situação de apreensão é lembrado por Themistocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 157), que remete ao julgamento do famoso HC 300, impetrado por Rui Barbosa em 1892, quando o Presidente Floriano Peixoto teria dito que, se os juízes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, "eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão".

Zagrebelsky (2007, p. 112) observa essas pressões intranquilizantes na passagem do *direito por regras* do Estado de Direito para o *direito por princípios* do Estado Constitucional. Nem sempre que se faz certas exigências que em outro tempo se consideravam irrenunciáveis decorrem consequências tranquilizadoras; porém, "olhar para a realidade para evitar ver seus aspectos menos tranquilizadores não a transforma de acordo com nossos desejos" (*Idem*, tradução nossa). Na mesma direção, Américo Freire Júnior (2004) assevera que há uma *grande preocupação* tanto jurídica quanto política de se criar um novo perfil para a atuação do Poder Judiciário pautada na efetivação dos direitos fundamentais. Para ele, "é certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de tensões com as demais funções do poder" (*Idem*). Maria Rosaria Ferrarese (2010, p. 1) fala em uma processo de mudança "mais ou menos traumática".

É nesse panorama que Cappelletti (1999, p. 47) aponta a necessidade de um Judiciário distinto do tradicional, ressaltando que

> a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais (...) não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

A postura que o Poder Judiciário está tomando no Brasil parece ser a segunda delas, sobretudo nos últimos anos em que as decisões proferidas tem primado por uma busca de efetividade constitucional em face da omissão inconstitucional dos demais Poderes, notadamente

do Legislativo. Argumento que pode ser exemplificado com a mudança de posição em relação à eficácia do *mandado de injunção* pelo Supremo Tribunal Federal, saindo da concepção não-concretista para a concretista individual[183], na tentativa de realizar uma *proteção judicial efetiva* dos direitos vindicados. Parece que o Judiciário não quer também permanecer omisso em face das omissões legislativas na concreção da Constituição.

Não obstante, Martonio Lima (2003, p. 224-225) relembra que a filosofia kantiana valoriza o Poder Legislativo mais que os demais Poderes[184]. Depois, destaca a passagem de Bobbio, no sentido de que "o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva" (*Idem*).

Essa é uma visão que não mais respalda o pensamento constitucional vigente, conforme muitas vezes consignado no capítulo anterior. Ou seja, a sociedade ocidental – onde se inclui o Brasil – hoje clama por uma atuação legislativa que se baseie na efetivação da Constituição, além de suplicar pela concretização de seus direitos, notadamente na esfera social. Antônio Cavalcanti

---

[183] A ementa do Mandado de Injunção 670 ilustra com propriedade e mudança de posição perpetrada: EMENTA: (...) 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, *o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV).* Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011). Grifos não originais.

[184] Entendimento empossado por Habermas (2003, p. 323-330); portanto vinculado à corrente procedimentalista.

Maia (2009, p. 5), com apoio em Sastre Ariza, destaca que na nova configuração constitucional, observável na Alemanha, Itália, Espanha, Portugal – e Brasil, segundo a concepção ora adotada – o texto da Constituição não exige simplesmente o *respeito* do legislador, mas impõe um *programa positivo de valores* que exige uma *atuação* do legislador.

Dessa forma, a doutrina ressalta que a concretização dos direitos constitucionais é devida, mesmo que para tanto seja necessária a intervenção judicial. Neste sentido advogam Luis Roberto Barroso (2000, p. 105); Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 285-380); Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 92-99); Marcelo Ribeiro Pinheiro (2008, p. 142-155); entre outros.

Nessa direção, Bobbio (2004, p. 25) assevera que atualmente não se trata de saber quais e quantos são os direitos do homem, "qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados".

Retomando o princípio da separação de poderes, já amplamente discutido no primeiro capítulo, é possível agora compatibilizá-lo com a atuação judicial. Canotilho (2003, p. 250) informa que esse princípio carrega duas dimensões complementares: uma negativa, "a separação como 'divisão', 'controle', 'limite' do poder e outra, positiva, "a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas". É esta última que respalda a atuação judicial concretizadora dos direitos constitucionais, notadamente os fundamentais. É nela que se enquadra também a ação do Judiciário em face de afrontas ao texto constitucional, porquanto almeja *decisões funcionalmente justas*.

Mais adiante, o mestre português informa que a "sobreposição de linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de 'ruptura de divisão de poderes'", salvo se lhe atingir o núcleo essencial (CANOTILHO, 2003, p. 251-252). Assim, é possível identificar que a modificação da participação judicial na efetivação dos direitos fundamentais sai de um espectro *passivo* para absorver um papel mais *ativo*. O núcleo essencial do princípio da separação de poderes na atual configuração constitucional permite essa modificação, pois, entre os diversos fundamentos já elencados, a Constituição previu instrumentos para a realização de direitos constitucionais pelo Judiciário, sempre que eles se mostrem agredidos ou ameaçados de agressão.

Toda essa alteração de uma ótica legislativa para uma ótica judicial teve origem legitimamente no próprio Poder Constituinte originário, além do respaldo também legítimo da forma derivada reformadora deste poder. Uma das características das Constituição Federal de 1988 em comparação com a anterior foi a ampliação das competências e, por consequência, do poder do Pretório Excelso. A criação de institutos como a ação declaratória de constitucionalidade, capaz de por termo à grave controvérsia jurídica sobre a aplicação de uma norma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, fortes instrumentos incentivadores de sentenças aditivas em face da omissão inconstitucional dos demais poderes, a criação de institutos como a repercussão geral e o julgamento de recursos repetitivos, a criação do mandado de segurança coletivo, a sedimentação das ações persecutoras de direitos metaindividuais, além da súmula vinculante, entre outros são exemplos da posição de destaque que o Poder Judiciário recebeu da Constituição Democrática.

Nessa direção, Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 890) destacam a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004) como "um processo contínuo de introdução de novos institutos e instituições judiciais atinentes ao reforço da legitimidade do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional". Luiz Werneck Vianna e outros (1999, p. 9), na pesquisa sobre a judicialização da política no Brasil, aduz que o Poder judiciário começa a ser percebido como mais um órgão em que deságua as insatisfações existentes com o *ativismo legislativo do Executivo*, sendo convocado a exercer o papel constitucional de *guardião dos valores fundamentais*.

Nessa nova configuração, Américo Freire Júnior (2004) destaca que não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a *supremacia da Constituição*; o que implica que o Judiciário não é um "mero carimbador" de decisões políticas dos demais Poderes; o texto constitucional precisa ser conciliado com uma "prática constitucional adequada", missão que "somente pode ser cumprida se o Poder Judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas sim no princípio da constitucionalidade dos atos". Ainda no século XIX, o Juiz Federal Henrique Vaz Pinto Coelho, em 1895, já entendia dessa mesma forma ao proferir sentença considerada como o marco inicial do controle de constitucionalidade no Brasil, em que consotu: "não há poderes, quer legislativos, quer executivos, senão dentro das normas

constitucionais, lei suprema que avassala todas as outras leis, atos administrativos, decisões judiciais, desde que e violem" (MARMELSTEIN, 2008, p. 234).

Enraizando-se um pouco mais na filosofia do direito, é possível verificar que a atuação judicial é tanto um *processo social* como uma *relação de poder*. Levando isso em conta, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 74-80), o processo judicial é um procedimento legal que cria condições para sua aceitação, via *programação condicional*. Assim,

> As decisões do poder (judiciário) se legitimam, não pela obtenção de consenso concreto, mas pela neutralização das decepções. Observa-se aqui que poder não implica a submissão do sujeito, mas o controle de sua seletividade, isto é, o poder se reporta primariamente à produção de desempenhos seletivos e, secundariamente, à produção de efeitos (neutralização da vontade do submetido). Não se trata apenas de mover o submetido, mas de criar condições para que este consiga que o detentor não seja obrigado a usar sua força.

Essa neutralização, como dito, não depende da correção da decisão, mas sim de sua *pretensão* de ser correta, ou seja, da capacidade de utilizar procedimentos racionais para justificar a decisão tomada. A aceitação da decisão também é um aspecto ressaltado ao final da transcrição. A argumentação jurídica é em parte responsável por isso, porquanto fornece critérios de controle da fundamentação apresentada, favorecendo o cumprimento voluntário das normas jurídicas concretas.

Não que, a partir de agora, todas as decisões precisem ser racionalmente admitidas, o espaço afeto à *vontade*[185] – domínio da política, onde vigoram a soberania popular e o princípio majoritário (BARROSO, 2010, p. 16) – permanece em plena existência, o qual não é regido por critérios racionais, mas por conveniências próprias. O Parlamento, composto por membros eleitos, expressão máxima da democracia, mantém sua importante atuação sob o viés político. Nas palavras de Alexandre Garrido Silva (2009, p. 127), o neoconstitucionalismo pretende-se adequar à democracia, "deixando ao legislador eleito democraticamente, assim como aos atores políticos que atuam no espaço público, a crítica, tematização e proposição de novas alternativas institucionais para problemas que *não* foram decididos no plano jurídico-constitucional".

Suas escolhas *não precisam ser fundamentadas*, é o jogo político que indica os interesses tutelados. Espaço que é somente *limitado* por algumas normas jurídicas, mas *não*

[185] Em contrapartida, no direito estabelece-se o domínio da razão e vigora o primado da lei e do respeito aos direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 16).

completamente regido por elas. Há espaços *interna comporis* que são afetos exclusivamente à política sobre os quais o direito não influi. Com essa sistemática, o legislador responde pela compatibilização valorativa de interesses individuais ou de grupos e sua adequação ao ordenamento jurídico, ou seja, a valoração em abstratos dos interesses sociais é realizada por ele (LARENZ, 1997, p. 164). Além disso, as *políticas públicas* continuam a ser definidas pelos órgãos eleitos (Executivo e Legislativo). Função de inestimável relevância que fundamenta inclusive a própria existência do Estado.

Retomando a atuação judicial, cumpre destacar que o primeiro componente que fundamenta sua legitimidade para a realização dos direitos constitucionais é a *própria Constituição*. Como dito anteriormente lembrando Rui Barbosa (1933, p. 489), não há normas constitucionais desprovidas de efetividade, "todas têm a força imperativa de regras". Constatação que hodiernamente é densificada pelos princípios hermenêuticos ou procedimentais da *força normativa da Constituição* e *da máxima efetividade da Constituição*. O primeiro adverte que, considerando que toda norma jurídica precisa de um mínimo de eficácia, "sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência", a interpretação das normas constitucionais deve conferir-lhes a maior eficácia. (MENDES *et al*., 2007, p. 111). Konrad Hesse (1991, p. 14-20) já expressava essa concepção na *pretensão de eficácia* da Constituição que resultaria em uma *força ativa* capaz de regular os fatos sociais, caso contrário a Carta permaneceria "eternamente estéril".

O segundo princípio, da *máxima efetividade*, consectário primeiro reforça aquela concepção determinando que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê" (CANOTINHO, 2003, p. 1224), ou ainda que, seja interpretada com o objetivo de "otimizar-lhe a eficácia", procurando "densificar os seus preceitos" (MENDES *et al*., 2007, p. 111).

No que se refere aos direitos fundamentais, há ainda o *princípio da aplicabilidade imediata* das normas que prevêem estes direitos. Há quem adote uma posição "pela aplicabilidade direta e imediata de todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais", asseverando que "a afirmação de que a aplicabilidade dessas normas depende de sua densidade normativa não se coaduna com a vontade histórica do constituinte, que desejou tornar não dependente do legislador ordinário o gozo de direitos fundamentais" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 285). Não obstante, uma posição mais branda é entendida nesse estudo. O princípio da

aplicabilidade imediata importa, com esteio no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, em verificar a Constituição, obra do Poder Constituinte originário, consectário da soberania popular, não pode ficar a mercê, ou na dependência absoluta, da interpretação legislativa. Ou seja, estas normas têm caráter preceptivo e não meramente programático (BRANCO, 2002, p. 134). Não que qualquer direito fundamental, sobretudo em relação a alguns direitos sociais, como a moradia, por exemplo, gere direito subjetivo exigível em face do Estado; isso, não ocorre. Nem tampouco que sejam normas programáticas, isso também não o são em face do princípio em tela. Solução que será apresentada adiante[186].

Como demonstrado no capítulo anterior, uma das características do neoconstitucionalismo é a efetividade das normas constitucionais. É nessa concepção que os princípios informados foram construídos. Não é por outro motivo que Bobbio (2004, p. 25), na obra *A era dos direitos*, destaca que "o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de *protegê-los*". Na mesma linha, Humberto Ávila (2009, p. 24), ensina que é "verdade que o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade".

Não há, pois, normas constitucionais desprovidas de normatividade, até mesmo as *normas programáticas* têm recebido aplicabilidade *mais concreta* que anteriormente[187]. O entendimento atual é de que a Constituição não é mais fonte mediata de direitos, mas sim fonte de aplicabilidade imediata e concreta[188], identificada como "norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz" (MENDES et. al., 2007, p. 120).

Nessa direção, calha o alerta de Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 195) de que "será totalmente inútil todo o cuidado para elaborar uma boa constituição se ela não for efetivamente

[186] O problema da aplicabilidade dos direitos sociais será enfrentado posteriormente, tanto no que se refere ao direito alienígena (com exemplo admirável encontrado na África do Sul), item 3.3; quanto em relação ao Brasil, item 3.4.

[187] Nesse sentido, ver artigo anterior de nossa autoria intitulado *A releitura do conceito de normas constitucionais programáticas à luz do princípio da máxima efetividade da Constituição* (no prelo). Vide também o já clássico estudo de Virgílio Afonso Silva (2010) intitulado *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* publicado pela editora Malheiros.

[188] Não que se esteja pregando que todas as normas constitucionais são autoaplicáveis e gerem pretensões subjetivas diretamente da Carta. Há ainda direitos que dependem, em alguma medida, de intervenção legislativa para sua concreção. O que gera a divergência doutrinária sobre a possibilidade ou não de atuação judicial nestes casos específicos, conforme será demonstrado adiante.

aplicada e respeitada por todos, governantes e governados". Problema que se mostra muito mais na seara política, que no campo do direito. Mas não somente na política institucionalizada, mas na própria acepção de *poder político*, cujas bases se estabelecem na própria sociedade. É por isso que o autor propõe uma *prática constitucional*, objetivando que tanto os governantes quanto as pessoas do povo (aí incluída a comunidade jurídica) cumpram a constituição, semelhante ao que propôs Hesse (1991, p. 24) como *vontade de constituição*.

Com isso, a consciência constitucional evitaria um círculo vicioso: "onde não se respeita a constituição é cada vez menor o seu prestígio e cada vez maior a tentação de agir contra ela; onde existe o costume de respeitar a Constituição, esta é cada vez mais forte" (DALLARI, 2009, p. 195). Bobbio (2004, p. 25) segue, de certa forma, a mesma direção ao consignar que "o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político". Há de se ter, portanto, uma vontade de se aplicar a Constituição. E o Poder Judiciário têm relevante papel nesse cenário.

Deixando para trás os campos teórico e sociológico da legitimação judicial pela *própria Constituição*, cumpre destacar a vertente dogmática desse mesmo fundamento. O art. 102 da Constituição de 1988 confere ao Supremo Tribunal Constitucional a competência para sua "guarda", vigilância, proteção, amparo, zelo, defesa, etc.; seja contra *ações* (art. 102, I, 'a' do mesmo diploma) ou contra *omissões* estatais (art. 103, § 2º do mesmo diploma). Ou seja, é a própria Constituição que legitima o Judiciário a enfrentar as inconstitucionalidades diversas. Em qualquer área de atuação em que ocorra uma inconstitucionalidade flagrante há possibilidade de atuação deste poder, pois são essas afrontas ao texto constitucional que legitimam sua atuação.

Mas não só o Pretório Excelso tem legitimidade para extirpar inconstitucionalidades segundo o modelo misto de controle existente no País, os demais magistrados também se legitimam, porém pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal, pois "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Por essa razão o constituinte consignou instrumentos próprios que incluem, além dos já citados referentes ao controle concentrado, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação popular. George Marmelstein (2008, p. 150-153) também advoga nesse sentido ao consignar que a Constituição "acreditou o Poder Judiciário como instância última de proteção aos direitos fundamentais". Como consignou Mauro Cappelletti (1988, p. 9-15) o acesso à Justiça é

pressuposto à concretização dos direitos fundamentais. Canotilho (2003, p. 433), em seu turno, adverte que o princípio "de acesso ao direito e aos tribunais", admitido por ele como o terceiro princípio basilar do regime geral dos direitos fundamentais, é substituído pelo direito à tutela jurisdicional efetiva que visão não apenas o acesso ao Judiciário "mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos".

A questão da legitimidade da atuação judicial na efetivação de direitos constitucionais, sob um outro enfoque, transpassa embasa-se no *controle recíproco* legitimado pela própria Constituição, instrumento viabilizante do equilíbrio entre os Poderes (FERRAZ e ALMEIDA, 2009, p. 64-65). Isso porque a ação política do Legislativo e Executivo é balizada pela Constituição, por isso "não os habilita a exercê-los de modo absoluto" (*Idem*, p. 65). Se por eles desrespeitadas as normas constitucionais, seja ativa, seja passivamente, acarretará a inconstitucionalidade de suas condutas.

Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 298), por sua vez, afirma que o Judiciário não pode negar a tutela dos direitos fundamentais quando requerida, pois juridicamente haveria embasamento para tanto; destarte, assevera que a oposição à efetivação de direitos por via judicial "é puramente ideológica, e não científica". É tempo então de buscar não só teoricamente essa realização, mas também fazê-lo ideologica, política e socialmente.

Maria Lúcia da Paula Oliveira (2009, p. 50), fazendo referência ao neoconstitucionalismo sob o ponto de vista da teoria da justiça a partir do julgamento, considera que a *prática constitucional*, por meio das decisões particulares, erige um *núcleo duro* de Constituição, assegurando que as demais questões que passem pelo crivo judicial o respeitem. O que é passível de responder aos anseios de determinabilidade e segurança jurídica cobrados pelo direito. Contudo, alerta que "isso, evidentemente, se o próprio poder judiciário atentar para a circunstância de que tem a representação política do povo, exercendo seus próprios julgamentos no debate público processual" (*Idem*).

Em suma, a Constituição brasileira atribuiu força suficiente para que os órgãos jurisdicionais possam por termo às inconstitucionalidades ativas ou passivas dos demais Poderes. Isso não parece levantar muita controvérsia na doutrina e nos Tribunais. Todavia, a *maneira como os direitos são implementados*, isso sim, traz gigantes discussões acadêmicas e jurisprudenciais. E todas elas, ao mesmos no que se refere à academia terminam na busca de

algum limite, com maior ou menor intensidade, à atividade jurisdicionais, seja no que se refere à atuação como Corte Constitucional, seja na jurisdição ordinária. Nessa direção, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 286) expõe que a questão não está mais em discutir a aplicabilidade dos direitos fundamentais, "mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata". Isso se verá adiante.

3.3. Experiências estrangeiras de ativismo judicial

É inegável a contribuição do estudo comparado para o crescimento do direito intestino. No mundo interligado como o atual, os sistemas jurídicos sofrem mútuas influências, mas a análise consciente das diferenças entre as peculiaridades de cada qual não pode ser esquecida. Luiz Werneck Vianna e outros (1999, p. 11) destacam que a literatura já sugere, de modo recorrente, para a existência no Brasil de uma convergência entre os sistemas do *common law* com o *civil law*[189]. Contudo, nesse aspecto, René David (1993, p. 117) aponta que "o lugar atribuído às decisões judiciárias entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*".

Na família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções, como por exemplo no direito espanhol, as decisões judiciais não se enquadram como fonte formal do direito de caráter geral[190]. Nessa seara, o que importa é que nas decisões judiciais "sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos [futuros]" (RAMOS, 2010, p. 105). A decisão judicial deve se mover dentro de *quadros* estabelecidos pelo legislador, "enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros" (DAVID, 1993, p. 120).

Lado oposto, encontra-se a família do *common law*, onde a jurisprudência costuma ocupar o posto de fonte formal do direito com aspecto geral. Conforme identificação de Edward D. Re (1994, p. 282), a decisão judicial ocupa dupla função: faz coisa julgada e tem valor de precedente (*stare decisis*). Os precedentes proferidos pelos tribunais obrigam o mesmo tribunal e os juízes que lhe são subordinados (os julgados proferidos pelos magistrados de primeiro grau não formam precedentes). Ocupam, pois, o *status* de fonte formal de direito, pois são eles que

[189] No mesmo sentido, Vanice Valle (2009, p. 24-25).
[190] Nesse regime, as decisões judiciais são normas jurídicas individuais concretas, portanto fontes secundárias.

moldam os *quadros* nos quais as decisões judiciais devem se mover, semelhante ao que ocorre com a Constituição e as leis no *civil law*.

Carlos Dieder Reverbel (2009, p. 7) constata que na *common law* "o processo foi erigido em princípio fundamental para se chegar a soluções justas, devendo os juristas, nas soluções dos casos concretos, não estar adstritos aos *statutes*, como se faz na família romano-germânica, mas sim ao processo".

Diante desse contexto, há substanciais diferenças em relação ao ativismo judicial em cada uma das famílias do direito. Elival da Silva Ramos (2010, p. 107) identifica que na *common law* "existe uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas". Isso ocorre tanto na criação de precedentes, os quais passam a agregar o ordenamento jurídico como ato normativo com força vinculante, quanto em sua revogação, o que se assemelha a revogação de uma lei no sistema romano-germânico. Não é por outra razão que nesses países se adota uma "conceituação ampla de ativismo judicial", em face de se franquear ao Judiciário uma situação extremamente ativa no processo de criação do direito (*Idem*, p. 110). Não obstante, o Poder Judiciário não se transforma em legislador, vez que deve motivar suas decisões segundo critérios argumentativos e lógicos, o que não é exigido do legislador.

Situação diferenciada verifica-se nos países da *civil law*, em que a impossibilidade da criação de *direito geral* pelos magistrados foi sempre ressaltada pelo *dogma* constitucional da separação de poderes[191]. Por isso, em relação à *civil law*, é um pouco mais fácil a identificação de parâmetros teóricos que permitam verificar eventuais abusos da jurisdição em face do Poder Legislativo e do princípio democrático, mas, nem por isso, como destacado no item 2.1, a tarefa se mostra tranquila.

Referindo-se ao ativismo judicial no direito comparado, sob o aspecto processual, o Ministro aposentado do STJ, Evandro Gueiros Leite (2008, p. 3-5), ao analisar as conclusões do IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em 1991 em Portugal, ressalta que o

[191] No sentido do princípio como *dogma constitucional*, Canotilho (1993, p. 260) e José Afonso da Silva (2010, p. 109). Todavia, conforme destacado substancialmente no primeiro capítulo, hoje há uma releitura do referido princípio. José Afonso da Silva (2010, p. 109) informa que, hoje, "o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. (...) tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*". Mesmo assim, ainda permanece no sistema romano-germânico a acepção de que direito abstrato e geral não deve ser criado judicialmente. Tema que será retomado no item 3.4.

"ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores"; e continua: "se o juiz tornou-se autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o executivo de que a justiça necessita".

O representante *grego* do referido congresso destacou o anterior "incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário para balanceamento do sistema, ou ainda, conforme expressou Goldstein, devido à insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder" (*Idem*, p. 5).

Em relação a *Israel*, *Holanda*, *Bélgica* e *Dinamarca* destacou-se, ainda em 1991, o fenômeno da *judicialização* e, em certa medida, do *ativismo judicial* (LEITE, 2008, p. 5-6). O mesmo Ministro ainda ressaltou que Normand, entre outros, fala do "grande impulso mundial em direção a um ativismo judicial sem precedentes. Héctor Fix-Zamudio ensina que existe uma forte tendência, nos ordenamentos processuais do nosso tempo, no sentido da outorga de amplas condições ao julgador, a fim que exerça uma função ativista" (*Idem*, p. 7).

Assim, quase vinte anos atrás, a discussão mundial acerca do ativismo judicial e sua legitimidade já estava em voga em diversos países. Aliás, no referido congresso, a própria conclusão de seus trabalhos perpassou esse tema.

O fenômeno da judicialização não escapa à mesma conclusão: é um fenômeno mundial (BARROSO, 2010, p. 6). Mais especificamente em relação à *judicialização da política*, Luiz Roberto Barroso (*Idem*) destaca que, no mundo contemporâneo, "nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito"; encontrando precedentes desse fenômeno na França[192], Canadá[193], Estados Unidos[194], Israel[195], Turquia[196], Hungria[197] e Coréia[198], dentre muitos outros.

[192] Na França, foi anulado o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes, com forte reação do governo. V. *Le Monde*, 12 jan. 2010, http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons_1290457_823448.html. (BARROSO, 2010, p. 7).

[193] Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl, *The judicialization of politics*, *in* Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-125, (*apud* BARROSO, 2010, p. 6).

[194] Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*. Este exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (*Idem*).

Passados esses delineamentos iniciais, cumpre estudar mais a fundo como ocorre a realização de direitos constitucionais e o ativismo judicial pelas Cortes Constitucionais alienígenas no contexto atual de judicialização. A escolha de quais os países estudados, com o objetivo de criar um quadro demonstrativo da realidade sobre o tema, a partir do método indutivo, decorreu, em relação ao sistema de *common law*, da identificação de um país de cada um dos grupos diplomaticamente identificados pelo Judiciário nacional como grupos de estudo e de parceria[199]. Do grupo BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), foi escolhida a Índia; do IBAS (Índia, Brasil e África do Sul), por exclusão, a África do Sul[200]. Além destes, em face da longa e aprofundada discussão teórica sobre o ativismo judicial, os Estados Unidos da América também foram selecionados. Em relação ao *civil law*, a escolha aleatória recaiu sobre a Alemanha, a Itália e a Espanha. A eles.

3.3.1. Índia

A Índia é o sétimo maior país em área geográfica, o segundo país mais populoso e a democracia mais populosa do mundo. Sua história constitucional recente é marcada por algumas peculiaridades, entre as quais uma forte herança colonial que permeou a confecção da Constituição. Contudo, "a herança colonial relaciona-se mais com os aparatos e as instituições de governo do que com concepções de justiça, direitos e desenvolvimento" (BAXI, 2007). Nesse contexto, um discurso universal de Estado (Constitucional) de Direito subestima as

---

[195] Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Este exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (*Idem*).

[196] Decisões da Suprema Corte destinadas a preserver o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. Este exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (*Idem*).

[197] Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade. Este exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (*Idem*).

[198] Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment.* Este exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (*Idem*).

[199] Diversas são as referências do Supremo Tribunal Federal a estes grupos, entre as quais pode ser citada a Notícia *STF recebe visita oficial do presidente do Chile, Sebastián Piñera* publicana no sítio eletrônico: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=123507. Acesso em 30 mai. 2010.

[200] A África do Sul, em face da colonização de países com culturas e ordenamentos jurídicos díspares, possui um *sistema jurídico híbrido ou misto*, com a conjugação do *civil law*, herdado da Holanda, com a *common law*, de origem britânica. Foi, contudo, incluída no presente estudo em face da força dos seus precedentes, os quais devem ser seguidos em situações similares, característica da *common law*.

peculiaridades indianas, cujas experiências coloniais e socialistas recentes muito diferenciaram sua realidade.

A Constituição de 1950, elaborada a partir de 1946 por membros da elite do país, com motivação advinda do fim do colonialismo inglês, "fez a Índia encarar seus problemas étnicos, econômicos e religiosos", conforme assentou Balakrishanan, Presidente da Suprema Corte indiana, em visita ao Supremo Tribunal Federal[201].

Essa Constituição aboliu as castas e fez reinar o princípio da igualdade; com a política de "um homem, um voto, um valor" para todos os cidadãos[202]. Com isso, uma *revolução social* fez valer os valores democráticos e a proteção das liberdades e os direitos individuais e o primado da legalidade. A sociedade depositou na Constituição a tarefa de *libertar* a Índia, sobretudo com a promoção dos direitos fundamentais. Ilustrativamente, ressalta-se a existência de dispositivo constitucional que determina o fim da discriminação entre homens e mulheres; uma das características em comum com a Carta brasileira.

Esclarecedora também foi a colaboração de George Rodrigo Bandeira Galindo, professor da Universidade de Brasília, na palestra do presidente da Suprema Corte indiana ao destacar que a Constituição indiana "foi elaborada a partir de um tripé: revolução social, democracia e unidade, assim como a nossa Carta, também elaborada para dar um ponto final às várias desigualdades"[203].

Destarte, a Índia mostra-se, também como o Brasil, como uma democracia recente que está aprendendo dia a dia quais os parâmetros, limites e realizações que giram em torno da Constituição. As vicissitudes desse País o credenciam a ser um importante objeto de estudo e confrontação com a realidade nacional, notadamente pela convivência de *leis coloniais* com uma Carta que contém com *valores* relativos à governabilidade, direito, Poder Judiciário e

[201] Presidente da Suprema Corte indiana traça paralelo entre as Constituições do Brasil e da Índia. Brasília, 15 ago. 2008. *Notícias STF*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94575&caixaBusca=N>. Acesso em 30 abr. 2010.
[202] *Idem*.
[203] *Idem*.

desenvolvimento; tudo isso somado a peculiaridades *sui generis*, como a existência de poderes vastos e crescentes de prisão preventiva nas mãos dos Poderes constituídos[204].

No aspecto da governança e da manutenção do poder destacam-se práticas militarizadas acentuadas. O parlamento demonstra pouca legitimidade democrática. Em verdade, um déficit democrático pode ser observado, além do federalismo cooperativo favorecer o desenvolvimento de diversas redes de poder conjugando-se ao papel hegemônico nacional do governo da União, favorecido pela Suprema Corte (BAXI, 2007).

No rol de direitos constitucionais, há previsão: de combate a formas cruéis de patriarcado (art. 14 e 15); de não discriminação (art. 17); de vedação à escravidão (art. 23 e 24); de combate às práticas ofensoras dos direitos humanos, conforme a delineação da tradição religiosa *hindu* predominante (art. 25 e 26); de proteção das minorias religiosas entre outras (*Idem*, 2007). O que demonstra a faceta positiva do *poder*, não só como repressão, disciplina e dominação.

A Suprema Corte da Índia não foi constituída em sua origem como Corte Constitucional, embora boa parte de sua atividade se relacione com questões que dizem respeito ao cumprimento dos direitos fundamentais. Todavia, em decisão recente, "a Suprema Corte assumiu poderes de controle constitucional sobre a validade de leis" (*Idem*). Sua competência também engloba diversas matérias recursais. Suas decisões têm *caráter vinculante* devendo ser seguidas por todo o Judiciário e, por conseguinte, por todos os cidadãos e entidades estatais[205]. Característica que demonstra uma maior concentração de *poder político* nas mãos do Judiciário que no Brasil, em que somente as súmulas vinculantes e ações concentradas de controle detêm essa força[206].

---

[204] A Suprema Corte indiana "construiu assim um magnífico edifício de jurisprudência sobre detenção preventiva sujeitando os atos de detenção a um escrutínio rigoroso, ao mesmo tempo em que sustenta a constitucionalidade legislativa de tais medidas" (BAXI, 2007).

[205] O regime indiano é de *common law*.

[206] O Supremo Tribunal Federal está discutindo a eventual mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal na Reclamação nº 4335, que, se julgada procedente, determinará o valor transcendente dos seus julgados em controle difuso, importando em aumento de seu *poder*. Sobre o julgamento nos pronunciamos na obra *Jurisprudência do STF: anotada e comentada* da seguinte forma: "O julgamento encontra-se com 2 votos no sentido de declarar a mutação constitucional do art. 52, X, da CF que confere ao Senado o Poder de suspender a execução de Lei (Federal, Estadual ou Municipal) declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade. Neste entendimento do relator frisou que a decisão política do Senado serviria tão-somente para dar publicidade à decisão do STF que, por si só, já teria efeitos *erga omnes*. Há 2 votos no sentido contrário, de não verificar a mutação constitucional. Discute-se se o acórdão gera efeitos que transcendem o interesse subjetivo das partes tendo, *ipso iure*, efeitos contra todos, ou seja, se há Transcendência dos Motivos

Primeiramente, a Corte usou os *princípios* como uma técnica de *interpretação constitucional*. Desde os anos 80, adotou uma postura mais ativista onde os *princípios* transformaram-se em *direitos*, cujo exemplo mais crucial "talvez seja a insistência judicial de que o princípio, que prescreve a educação livre e compulsória para os jovens entre 6-14 anos, representa um direito fundamental"; a Corte criou "uma emenda constitucional consagrando esse direito como um aspecto integral dos direitos à vida e à liberdade do Artigo 21" (BAXI, 2007).

A Corte ainda desenvolveu uma *espantosa criatividade* de técnicas de revisão dos atos administrativos, com o objetivo de limitar o poder de editar leis pelo Executivo. A essência da revisão dos atos legislativos, incluídas as emendas constitucionais, teve como fundamento possíveis afrontas aos direitos fundamentais ou ao princípio federativo. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais foi uma técnica que se espalhou pela região; "penetrou depois na jurisprudência do Paquistão, de Bangladesh e do Nepal" (*Idem*).

Levando em conta esse cenário, Upendra Baxi (*Idem*) faz o seguinte destaque acerca do comportamento judicial ativista do Judiciário indiano:

> O exercício de obstetrícia judicial para dar à luz aos direitos humanos e à governança limitada não é exclusivo da Índia; o que distingue a história indiana é que os juízes acreditam cada vez mais – e agem conforme essa crença – que os direitos humanos básicos estão mais seguros em sua custódia interpretativa do que com as instituições representativas. Crença e prática se combinam para produzir um tipo peculiar de "fé constitucional" (para tomar emprestada uma expressão fecunda de Sanford Levinson, 1988) que torna ainda mais legítima, de maneira duradoura, a revisão judicial ampla.

Nessa seara, um caso bastante polêmico e inovador, que adentrou em *dissensos morais relevantes*, foi o julgamento ocorrido em 01.07.2009 na Suprema Corte da Índia, em que se declarou a inconstitucionalidade de lei que proibia a relação sexual entre homossexuais. Norma que, herdada da Inglaterra, se manteve vigente por mais de 148 anos, com penas que variavam de multa a dez anos de pena privativa da liberdade. A corte considerou que a lei violava direitos fundamentais por ser discriminatória.

Esse é um precedente histórico no país e um bom precedente da judicialização de dissensos morais razoáveis, sobretudo no âmbito das Cortes Constitucionais. Não se trata de um

---

Determinantes em relação ao controle difuso. Um importante assunto para ser abordado em provas subjetivas sobre o tema Reclamação" (FERNANDES e CAVALCANTI, 2009, p. 154). Houve pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski em 2007 e desde então permanece parado, talvez em face do tema ainda não se encontrar plenamente amadurecido para julgamento.

caso de *ativismo judicial*, vez que a postura adotada pela Corte foi de legislador negativo. Porém, merece ser trazido à baila para demonstrar como um Tribunal efetiva direitos fundamentais de uma minoria subjugada pela força da maioria. É, pois, um bom material de estudo a demonstrar a realização de direitos por intermédio do Judiciário; no caso, de direitos negativos clássicos como a liberdade e igualdade.

Note-se que o legislativo poderia ter revogado a norma nesses seus quase 150 anos de existência. Contudo, diversos aspectos, como o custo político de afrontar setores conservadores da sociedade, a dificuldade de formação de uma maioria para essa discussão, os interesses legislativos em assuntos financeiramente mais interessantes, entre outros, refletem em uma inércia legislativa que efetivamente legitima a postura contramajoritária da Corte Constitucional – último guardião dos direitos fundamentais.

M. C. Mehta, renomado defensor do meio ambiente na Índia, tem realizado diversos pedidos judiciais relativos à proteção deste direito fundamental de terceira dimensão. A Suprema Corte indiana tem demonstrado sensibilidade com o tema ao efetivar a proteção ao ambiente equilibrado, com determinações: a) para o fechamento de fábricas de curtumes em Jajmau ante à poluição do rio Ganges; b) para a retirada de indústrias químicas dos arredores do Taj Mahal; c) para a imposição de obrigação a indústrias de laticínios para sua saída das margens do Ganges, conjugada com a retiradas de resíduos e com a confecção de linhas de esgoto (BAXI, 2007).

Alguns casos citados por Upendra Baxi (*Idem*) podem ser ilustrativos de uma *postura ativista judicial* pela Suprema Corte Indiana. A primeira delas refere-se ao estabelecimento de orientações matrizes, ordenadoras de conduta, para evitar o *assédio sexual das mulheres* no local de trabalho (*Vishaka vs State of Rajasthan* - AIR 1997 SC 3011). Esse julgamento histórico foi responsável pelo incentivo ao legislador para movimentar-se em sua atividade fim; o que aumentou os debates em torno tema. Fato que resultou na aprovação de legislação profilática e punitiva quanto ao assédio sexual laboral feminino. O perfil aditivo, neste caso, era necessário para a efetiva proteção da igualdade da mulher e da proteção de sua dignidade sexual.

Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Presidente da Suprema Corte indiana de Julho de 1985 a Dezembro de 1986, ressaltou, já àquela época, que havia certo ativismo ou intervenção judicial no País:

> A Suprema Corte desenvolveu um novo regime normativo de direitos e insistiu que um Estado não pode agir arbitrariamente, mas deve agir sim razoavelmente e dentro do interesse público, sob pena de sua ação ser anulada por intervenção judicial.
>
> (...) É certo que o juiz tem que interpretar a lei de acordo com as palavras utilizadas pelo legislador. Mas, como apontado pelo *Justice Holmes*, uma palavra não é cristalina, transparente e imutável. É uma textura de um pensamento vivo e pode variar muito de cor e conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que é utilizada. Cabe ao juiz dar significado o que o legislador tem dito por meio de processo de interpretação que constitui a função mais criativa e emocionante de um juiz (BHAGWATI, 1985, p. 6-7, tradução nossa).

Na mesma palestra, o então Presidente da Suprema Corte indiana demonstra o pensamento vigente à época: em poucos anos de existência, "a Suprema Corte, por meio de intenso ativismo judicial, tornou-se um símbolo de esperança para o povo da Índia. Sua autoridade moral tem aumentado e adquiriu uma nova credibilidade com o povo através do ativismo judicial e da criatividade judicial" (BHAGWATI, 1985, p. 8, tradução nossa). Situação que não se tratava de um pensamento isolado. Ressalte-se que foi em período um pouco anterior, de 1954 a 1973, que os Estados Unidos viviam o período de maior ativismo de sua Suprema Corte; a Corte Warren.

Por fim, Upendra Baxi (2007) faz críticas a um lado negativo do ativismo na construção jurisprudencial com forma ativista pela Suprema Corte indiana – que chamou de *assombroso* –, cujo principal argumento é que

> a moldagem de novas formas de enunciação judicial dos direitos humanos, uma questão complexa em que especialmente a Suprema Corte traz de volta à vida direitos deliberadamente excluídos pelos elaboradores da constituição (como o direito a um pronto julgamento), cria alguns direitos suplementares aos enunciados no texto constitucional (como o direito ao sustento, à privacidade, à educação e alfabetização, saúde e meio ambiente), reescrevendo a constituição por meio da invenção de novos direitos (como o direito à informação, a imunidade das práticas de governança corrupta, direitos ao secularismo constitucional, o direito à indenização, reabilitação e reassentamento para populações invadidas).

Após, passa aos elogios da construção feita nos moldes ativistas, a partir dos casos concretos enfrentados pela Corte, afirmando que ela pode a) "declarar que enormes projetos de irrigação são totalmente agressivos aos direitos humanos"; b) "impedir a legitimação constitucional das atuais políticas de privatização e desregulamentação alegando serem antidesenvolvimentistas e violadoras dos direitos humanos"; c) "traduzir, com total honestidade constitucional, o lema atual: 'Os direitos das mulheres são direitos humanos', com a deferência

devida aos pluralismos religiosos e sociais"; d) "promover, através da voz judicial, 'a cultura composta' da Índia (Artigo 51-A) na moldagem das concepções do EDD [Estado de Direito] de direitos, justiça, desenvolvimento e governança"; e) fomentar e promover a participação na governança como o marco da concepção constitucional do Estado de Direito indiano; favorecendo os Poderes legítimos, que podem enfrentar *melhor* a desigualdade de oportunidade e de acesso para as pessoas milenarmente desfavorecidas, a concretizarem legitimamente direitos; "concretização essa implementada através de cotas na educação e no emprego em instituições educacionais administradas/subsidiadas pelo Estado e em postos de trabalho estaduais e federais" (*Idem*).

Duas objeções insurgem contra essa postura. Uma, os Poderes que perdem força política alegam *usurpação judicial* de suas funções democráticas. Outra, os cidadãos litigantes ficam muitas vezes *decepcionados* quando o Tribunal *não cumpre suas promessas*, eis que as expectativas geradas são imensas. Upendra Baxi (*Idem*) destaca, na conclusão de seu aprofundado estudo, que o ativismo judicial indiano começa a marcar e reverter os desmandos da democracia lá vivida. Com esse fundamento, afasta os dois argumentos contrários.

Todavia, na investigação realizada até o momento ainda acredita-se que alguns temperamentos e a autolimitação devem estar contidos no modo de agir do Poder Judiciário; seja na Índia, seja por aqui. Isso para que se evitem os *assombros* jurisprudenciais.

3.3.2. África do Sul

A Corte Constitucional Sul-Africana foi escolhida para comparação também por estar sendo considerada um exemplo mundial de Corte Constitucional, revelando-se como uma "força transformadora e concretizadora da democracia e dos direitos fundamentais sociais no país" (PESSOA e ROCHA, 2009, p. 11). Antes de adentrar especificamente na realização de direitos, insta contextualizar a evolução da democracia recente do país.

Os trezentos anos de história que antecederam a virada democrática rumo à igualdade racial foram marcados por conflitos entre colonizadores europeus (Holanda e Inglaterra), bem como com as tribos negras nativas. Atravessou a Guerra dos Boers e um grande conflito pela disputa dos diamantes. A África do Sul também viveu, a partir de 1948, a política nacional do *apartheid*, que dominou o cenário político-cultural durante décadas com objetivo de segregação

racial. Na medida em que aumentavam os protestos da população negra, crescia a violência das represálias. As manifestações do povo contrárias a esta política conduziram à democratização, cujo marco foi a liberação de Nelson Mandela em 1990 e sua eleição para a presidência em 1994.

A Corte Constitucional foi criada em 1993 pela Constituição interina adotada nos primeiros momentos de transição democrática do país. Tendo a atual Constituição sido aprovada em 1996 em conclusão aos trabalhos da comissão criada por Mandela. O Tribunal Constitucional continuou em funcionamento, mas agora com esteio na seção 168. Também essa Corte tem "cunho extremamente democrático, composta obrigatoriamente por homens e mulheres, brancos e negros", com o objetivo claro de "renovar a confiança da população outrora descrente de suas instituições" (*Idem*, p. 12).

As primeiras menções aos direitos fundamentais surgiram no texto da Constituição de 1996. George Marmelstein (2005, p. 169) ressalta que a África do Sul é um dos poucos países que trazem positivados direitos sociais como o direito à comida, à água, à moradia adequada, à saúde, à previdência social, à educação, entre outros. Essa positivação, unida ao ideal comum de seu povo na promoção da igualdade, resulta em um cenário fértil para decisões concretizadoras de direitos fundamentais, incluindo os sociais.

Decisões bem fundamentadas e com fulcro na realização de direitos são mundialmente discutidas e comemoradas. Nesse tópico, serão analisadas duas delas: o caso *TAC (Treatment Action Campaign) X Minister of Helth* e o caso *Grootbromm*. Ambos foram julgados pela Corte Constitucional Sul-Africana e considerados *leading cases* para o país, além de terem servido de exemplo para o mundo.

O primeiro deles, referente às políticas de saúde, foi destacado mundialmente como um exemplo de ativismo judicial bem sucedido. Trata-se do caso *TAC (Treatment Action Campaign) X Minister of Helth*, julgado em 2002, que dizia respeito às políticas públicas relativas à profilaxia de contágio pelo HIV no parto e na amamentação das crianças africanas filhas de mães infectas. Note-se que, à época, existiam no país mais de 6 milhões de pessoas infectadas pelo vírus e que no ano 2000 contabilizava-se a média de 80 mil contaminações de recém-nascidos por ano (PESSOA e ROCHA, 2009, p. 15). Fato que demonstra a absoluta, real e atual necessidade de políticas públicas eficientes para essa prevenção do contágio; não somente em relação à específica situação de contágio ora estudado (mãe para filho), mas em toda a cadeia de

contaminação. Todavia, o Legislativo e o Executivo estavam omissos nessa obrigação constitucional.

Mesmo assim, o governo foi contemplado a proposta de receber gratuitamente, durante cinco anos, o antiviral Nepivarina. Contudo, decidiu introduzir aos poucos o medicamento: o tratamento piloto ocorreria em apenas 2 centros de saúde por província em um total de 18 existentes por dois anos. Flávia Pessoa e Lorena Rocha (*Idem*, p. 15) destacam que, na prática, isso significaria que várias mulheres de baixa renda, que não tivessem acesso aos tais centros, não poderiam adquirir a droga e, com isso, contaminariam seus filhos com o vírus. Situação drástica que necessitava de uma postura firme da jovem Corte Constitucional.

A TAC denunciou a ofensa grave ao direito à saúde e requereu, em suma, uma decisão declaratória e a consequente *obrigação de fazer* para que o medicamento fosse fornecido *a todas as mulheres grávidas que viessem a dar a luz em hospitais públicos*. Diante da calamidade pública vivida, requereu também *a criação de um programa nacional de combate à contaminação nesses casos*. Note-se que o caso não gerava maiores discussões acerca da reserva do possível, vez que o medicamento estava disponível.

O contra-argumento do governo referia-se aos altos custos de implantação do programa (*reserva do possível*), as dificuldades culturais de aceitação do leite artificial (fórmula milk) e necessidade de pesquisas dos efeitos colaterais. Também se referiram à *liberdade de conformação* na promoção dos direitos fundamentais sociais, informando que a escolha da forma de implantação do programa pertence ao Executivo e Legislativo. Acrescentou, por último, que o controle de contaminação com o HIV é apenas uma faceta do serviço de saúde e que o deferimento da ordem poderia prejudicar outras áreas (*custo total e orçamentário*).

O Ministro relator "deixou claro que o ponto nefrálgico da questão era decidir se as medidas tomadas eram razoáveis diante do objetivo pretendido" (PESSOA e ROCHA, 2009, p. 16). Em relação ao argumento de separação de poderes e liberdade de conformação, assentou que *a análise da razoabilidade das políticas públicas pela Corte Constitucional* era, ao contrário, "o mais perfeito exemplo de como a separação de poderes deve funcionar" (*Idem*); com substrato na supremacia da Constituição. Ao analisar o disposto na seção 27 (2) dispôs que "o que a Constituição pretendia é que os direitos sociais fossem concretizados pelo Estado, mesmo que

não houvesse a impossibilidade econômica de realização imediata de todos" (*Idem*). Argumentou ainda sobre o princípio da igualdade de todos os cidadãos ao acesso ao medicamento.

Destarte, o dispositivo da decisão afirmou a procedência do pedido impondo a obrigação de fazer ao governo para que disponibilizasse o medicamento a todas as mulheres infectadas (e a seus bebês) desde que o parto fosse realizado na rede pública. Ordenou também que fosse realizado sem demora um Programa Nacional contra a Contaminação da AIDS de Mãe para Filho, com *a fixação de alguns critérios para sua implementação*. A decisão embasou-se, além dos argumentos jurídicos, em relatórios médicos, depoimentos de mulheres infectadas, tratados internacionais, e outras provas que demonstravam que outros centros poderiam receber o medicamento e implantar sua distribuição. Uma autêntica participação da sociedade de intérpretes da Constituição como pretende Häberle (2002).

Foi um excelente exemplo na condução excepcional, mas necessária, de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que repercutiu inclusive internacionalmente. Geoff Budlender, um dos advogados do caso, enumerou consequências mais profundas decorrentes do precedente:

> Em primeiro lugar, a decisão da corte deixou claro que os direitos sociais são realmente direitos exigíveis, não sendo apenas meras afirmações, e sim, direitos legais, demandáveis e de fundamental importância em um país de tão grandes desigualdades. Em segundo lugar, o caso demonstrou que o Estado não pode simplesmente se servir da doutrina da separação de poderes para manter certos problemas longe das cortes. O exercício de todos os poderes deve estar de acordo com a constituição, podendo o judiciário decidir se as políticas públicas estão, de fato, cumprindo com os requisitos lá dispostos, o que não significa dizer que o judiciário estará decidindo a respeito de qual seja a melhor medida a ser tomada. Por fim, salienta o jurista a importância que teve no caso a participação da sociedade civil, na medida em que fez uma grande campanha paralela ao julgamento, além de ter se investido na responsabilidade de exigir o implemento das medidas ordenadas pelo acórdão, que apenas assim vieram a ser cumpridas. (PESSOA e ROCHA, 2009, p. 17).

O outro *leading case* refere-se ao direito social de moradia. O caso foi destacado pela doutrina americana e por diversos autores pelo mundo ante a sua efetividade na realização de um direito constitucionalmente assegurado, sem a necessidade de uma conduta ativista pela Corte Constitucional. Trata-se do caso *Grootboom*.

Irene Grootboom e diversos outros que viviam na favela Wallacedene em condições subumanas de moradia provocaram o Judiciário para que concretizasse o direito à moradia adequada previsto na Constituição. Marcelo Rebello Pinheiro (2008, p. 178) explica que havia

um documento do Poder Público, redigido mais de 7 anos antes, no qual se comprometia a solucionar o problema habitacional na favela. Após a longa espera, Grootboom e os demais moradores invadiram uma propriedade privada para exigir providências.

O dono do terreno ingressou com ação de reintegração de posse obtendo a liminar para a desocupação. Os invasores foram retirados do local e colocados provisoriamente em um campo de esportes. Diante disso, eles pleitearam formalmente ao Município uma solução da problemática, porém, mais uma vez, não houve solução.

Com esteio na afronta ao art. 26 da Constituição sul-africana (direito à moradia adequada), tais pessoas ajuizaram ação perante a *High Court* em face da omissão do Poder Público (PINHEIRO, 2008, p. 178). Diante desse quadro, a Corte determinou de imediato a realocação das famílias com crianças em um abrigo. Dessa decisão, o ente público recorreu à Corte Constitucional alegando a reserva do possível.

A Suprema Corte reconheceu os direitos dos desabrigados à moradia adequada, porém sua ordem final foi diversa da proferida pelo tribunal recorrido, "não determinou a concretização imediata do direito à moradia pelo Poder Público, mas tão-somente a alocação de mais recursos para a realização de tal direito social" (*Idem*, p. 179). Determinou que o Estado desenvolvesse programas sociais para a implementação gradual desse direito. Mas não proferiu uma decisão sem eficácia ou que pudesse ser facilmente descumprida, vez que impôs, entre as obrigações do Poder Público, a entrega de relatórios periódicos com o estágio da solução do problema.

Cass Sunstein, citado por Marcelo Rebello Pinheiro (*Idem*), elogiou a referida decisão por trazer a efetivação dos direitos sociais, sem desrespeitar a "discricionariedade atribuída aos poderes públicos", conseguindo harmonizar o princípio democrático com a realização do direito constitucional à moradia.

Em suma, a Corte Constitucional Sul-Africana com toda sua juventude existencial tem dado ao mundo grandes contribuições para a realização de direitos em casos difíceis. Este último caso, diferentemente do primeiro não precisou de uma postura ativista para solucionar eficazmente o problema da inefetividade de um direito social, visto que toda a liberdade para a estruturação e realização da política pública permaneceu nas mãos dos órgãos eleitos. Somente em caso de omissão, haveria eventual intervenção judicial na condução dos trabalhos. Não houve,

portanto, qualquer interferência na liberdade de conformação ou na separação de poderes, mas o Judiciário não ficou alheio à omissão inconstitucional. Um belo exemplo.

3.3.3. Estados Unidos da América

Segundo Vincent Blasi (1985), o ativismo judicial tem estado no centro das discussões constitucionais norte-americanas a mais de meio século. Mesmo assim, nas constatações de Mark Tushnet (2007, p. 416), o estudo do conceito e da evolução do ativismo judicial na jurisdição da Suprema Corte americana não é tarefa fácil, sobretudo em face da dificuldade de conceituação do termo e de sua delimitação pela Suprema Corte. O termo ativismo judicial é utilizado de forma lata pela doutrina norte-americana, por isso a dificuldade do estudo comparado.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, o processo *clássico* de construção da decisão judicial prevaleceu até a metade do século passado. Nele, ou a Corte declarava a norma constitucional ou a declarava inconstitucional. Nesse sentido, a Suprema Corte já afirmou, em 1927, no caso *Blodgett v Holden* (275 US 142, 148), que "entre duas interpretações possíveis de uma lei (*statute*), dentre as quais uma seria inconstitucional e a outra válida, nosso dever básico (*plain*) é adotar aquela que a salvará" (TUSHNET, 2007, p. 418, tradução nossa). Até então, não havia técnicas de construção de decisão judicial que permitisse uma posição diferenciada em alguns casos difíceis. Não se discutia sobre o ativismo judicial e seu processo de legitimação, mas sim sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade[207].

Foi a partir da segunda metade dos anos cinquenta do século passado que formas alternativas de construção da decisão judicial começaram a se desenvolver nos Estados Unidos[208]. A partir desse período, a Suprema Corte passou a exercer uma atuação mais ativa. Nessa direção, a Corte presidida por Lochner mostrou-se excessivamente interventiva no campo econômico. Conforme delineou Alexandre Araújo Costa (2008, p. 91) essa intervenção excessiva "causou o

[207] Em que pese o controle constitucional (*judicial review*) já ter sido introduzido nos Estados Unidos desde 1803, no caso *Madison vs. Marbury*, o aumento da importância dessa atividade suscitou discussões acerca de sua legitimidade até mesmo naquela época.

[208] Importante frisar que no caso *Lochner vs. New York*, de 1905, a Suprema Corte norte-americana invalidou sistematicamente diversas leis de intervenção estatal no domínio econômico nascentes à época. A Corte vivia a concepção liberal de que o Estado não deveria intervir de forma forte na economia. Contudo, não havia ainda uma concepção ativista, como se veria na Corte Warren.

fim da Era Lochner, mas não diminuiu o ativismo da Corte: esse mudou menos de grau que de objeto".

Após a Corte Lochner, surge a Corte presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, a qual se mostrou extremamente ativista. Vicente Blasi (1985) destaca dois indicadores da posição ativista dessa corte: o grande número de invalidação de leis (em que pese não ter sido a maior) e a disposição para assumir um papel protagonista na solução de crises constitucionais. Alexandre Araújo Costa (2008, p. 84) ensina que a Corte Warren é considerada como "a época de maior ativismo judicial experimentada pela Suprema Corte, na qual foram feitas as maiores intervenções judiciais no processo político de tomada de decisões". O caso que melhor marca esse período foi *Brown v. Board of Education*, no qual houve declaração de inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas.

Barroso (2010, p. 9) destaca exemplos representativos[209] da atuação desta Corte, que mostraram cenário de "uma revolução profunda e silenciosa em relação às inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressiva em matéria de direitos fundamentais". No mesmo sentido, Evandro Gueiros Leite (2008, p. 9) destaca a participação dessa Corte nas decisões sobre a integração escolar, tendo chegado inclusive a participar da disputa sobre a legalidade da Guerra do Vietnã.

Com a aposentadoria de Warren esperava-se que se "estancasse" o movimento de ativismo judicial, porém a história demonstrou que isso não ocorreu, segundo informações de Alexandre Araújo Costa (2008, p. 87); que sobre o tema consignou:

> Essa parece ter sido a expectativa de Nixon, que nomeou Warren Burger como *Chief Justice* para comandar esse processo de *judicial restraint*. Pessoalmente, Warren Burger era mais conservador que Earl Warren, seu predecessor no cargo de *Chief Justice*. Entretanto, faltava a ele a grande capacidade de liderança que tinha Warren, e foram tomadas muitas decisões importantes − inclusive *Roe v. Wade* − contrárias aos posicionamentos pessoais de Burger. Em parte, isso se deveu à forte personalidade de vários dos *Justices* da época, como Brennan e Douglas, que também exerciam uma forte

[209] Entre eles, o autor destaca: "considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) e a direitos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (*Roe v. Wade*)" (BARROSO, 2010, p. 9).

> influência sobre os posicionamentos do Tribunal. Além disso, devemos lembrar que a maior parte dos *Justices* era remanescente da Corte Warren (*Idem*, p. 87-88).

Diante desse contexto, a Corte Burger, atuou com grande grau de ativismo judicial em casos com razoável perfil político. Entre eles podem ser citados a controvérsia de Watergate e o caso EEUU v. Nixon (LEITE, 2008, p. 9). Neste último, a Corte agiu com presteza e eficiência se antecipando à tramitação normal do processo para requisitar fitas ao então presidente Nixon. Evandro Leite (2008, p. 9-10) ressalta este caso como "um exemplo bem sucedido de ativismo judicial", o qual funcionou como um paradigma constitucional contra governos com tendências absolutistas. Situação que, ao contrário de prejudicar, reforça o argumento democrático a partir do ativismo. Transformações políticas foram efetivadas pelo Poder Judiciário americano, a partir de interpretação judicial, sem qualquer atuação do Legislativo ou do Executivo.

Todavia, a partir dessa época, uma intensa *reação conservadora* se seguiu. Essa reação teve início com a nomeação de Rehnquist.

> Rehnquist ingressou na Corte em 1972 e, em 1986, com a saída de Burger, foi promovido a *Chief Justice* pelo então presidente conservador Ronald Reagan , que foi responsável por três indicações: os *Justices* Sandra O'Connor, Antonin Scalia e Anthony Kennedy. Lembrando que a Suprema Corte é formada por apenas nove membros e que Byron White alinhava-se ideologicamente com os quatro membros acima citados, o final da década de 80 viu um prenúncio de uma nova época de *self-restraint* (COSTA, 2008, p. 93).

Passado o *self-restraint*, chega-se, então, ao momento atual, em novo ciclo ativista, porém bem mais ameno que em períodos anteriores. Thomas Keck (*apud* TUSHNET, 2004, p. 417-418, tradução nossa) identificou a composição da Suprema Corte das últimas décadas como "a mais ativista Corte da história" diante da quantidade de diplomas declarados inconstitucionais. Se se considerar o conceito utilizado no presente estudo[210], a atual não seria a Corte mais ativista, pois não supera a atuação da Corte Warren. Em que pese a utilização do termo ativismo judicial de forma diversa do utilizado (conceito restrito), sua constatação serve de base para entender as nuances da atividade exercida pela Suprema Corte americana.

[210] No Brasil, o ativismo não é associado à declaração de inconstitucionalidade de uma norma (ação negativa). Por aqui, o conceito de ativismo se liga à noção ativa ou positiva dos Tribunais, em situações em que são criadas normas gerais sem a intermediação do legislador. No presente estudo, ativismo judicial refere-se à produção de decisões que importem em *perfil aditivo no ordenamento*, ou seja, modulem as condutas sociais de forma geral e abstrata, ou que *determinem políticas públicas.*

No período de 1994 a 2005, de forma idêntica, verificou-se uma grande invalidação de diplomas legais. Todavia, não foi possível identificar uma *ideologia* dessa Corte: liberal (maior tendência ativista) ou conservadora (tendência ao originalismo), pois houve tanto declaração de inconstitucionalidade de diplomas liberais – casos de expansão do governo federal em detrimento dos governos estatais – quanto a invalidação de diplomas conservadores – como a invalidação de restrições aos homossexuais (TUSHNET, 2007, 417). Sob esse aspecto contramajoritário (ativismo negativo) a Corte foi bastante ativista nesse período. Mas não estiveram em destaque muitas decisões ativistas em um sentido positivo.

Isso demonstra que os valores políticos da Corte não podem ser parametrizados, vez que, em determinados casos, os Ministros liberais votaram em conformidade com sua origem política, enquanto, em outros, votaram de forma diversa (*Idem*). Dessa constatação se extrai que a busca por uma *correta* ou *boa* aplicação do direito parece ser o escopo almejado pela Suprema Corte; não é a simples posição política de cada um dos Ministros que influencia em absoluto suas decisões. Sua vivência política e o processo de nomeação para a Suprema Corte pode influenciar em suas decisões[211], mas não gera *ipso facto* uma decisão ativista pelos Ministros de origem política democrata e uma posição textualista pelos republicanos.

As metodologias utilizadas na interpretação judicial podem ser associadas ao ativismo judicial: as mais modernas muitas vezes apresentam um perfil ativista, enquanto as mais tradicionais são mais associadas às decisões textualistas/originalistas (conservadoras). Nessa seara, Mark Tushnet (*Idem*, p. 418) estatui que suas observações demonstram uma posição *eclética* da Suprema Corte norte-americana atual. Para ele, em determinados precedentes, o Tribunal utiliza-se de uma postura não-ativista, interpretando a Constituição textual ou originalmente, enquanto em outros, a posição é oposta. Por isso, conclui que há uma posição intermediária marcada pela convivência de ambas as formas de decidir, cuja escolha de cada qual se dará a partir da deparação da Suprema Corte com o caso concreto a ela posto.

Há casos, contudo, em que a posição ativista gera um mal estar entre os Poderes constituídos. Exemplo desse fenômeno pode ser identificado no caso *Citzens United v. Federal*

[211] Sobre a complexa dinâmica do processo decisório da Suprema Corte americana e a influência do processo de escolha dos Ministros para esse contexto, vide TOOBIN, Jeffrey. *The Nine*: inside the secret world of the Supreme Court. Nova Iorque: Anchor Books, 2007.

Election Commission[212], julgado pela Suprema Corte em 2010, cuja decisão invalidou os limites à participação financeira das empresas em campanhas eleitorais.

Esta decisão foi duramente criticada pelo Presidente Barak Obama, conforme estampado em reportagem no *New York Times*, de 24 de janeiro de 2010, p. A-20 (BARROSO, 2010, p. 7). Esse é um bom exemplo de situação de tensão institucional entre os Poderes constituídos do Estado. O ganho de poder político por parte do Judiciário tem como consectário a perda de poder por parte dos demais Poderes. Mas essa tensão não decorre *ipso facto* de um abuso de poder por parte do Judiciário, mas sim de uma luta política legítima por poder. Como dito no item 1.1, o poder não se detém, se exerce. Portanto, essas disputas intrapoder estatal são inerentes ao próprio *poder*.

Por último, uma análise lusa do fenômeno: para Canotilho (2003, p. 587), "um Poder Judiciário ativo [...] se transformou através da *Supreme Court* [americana] e do instituto do *judicial review* num importante contrapoder em momentos históricos importantes como nos casos do *New Deal* (1936-1953), igualdade racial (1954), direitos das mulheres (1965) e recusa de 'privilégio' do executivo (1974)".

A análise do debate sobre ativismo judicial nos Estados Unidos demonstrou que a Suprema Corte foi capaz de realizar direitos com uma postura ativista (sobretudo na Corte Warren) e também com uma postura não-ativista (no período Rehnquist e em alguns episódios atuais). Destarte, a realização de direitos pela Suprema Corte parece não estar ligada a uma posição ou outra, visto que há exemplos de ativismo e de não-ativismo judicial que realizaram direitos constitucionais na história da *Supreme Court*.

3.3.4. Breve análise sobre as experiências européias: Alemanha, Itália e Espanha

Vanice do Valle e outros (2009, p. 29) asseveram que na Europa há pontos de aproximação no que toca a um modelo comum de constitucionalismo e um panorama institucional similar que "determinam manifestações semelhantes de ativismo".

A *Alemanha*, conforme já algumas vezes destacado, é o país central de um movimento constitucional iniciado no segundo pós-guerra e o primeiro a criar um Tribunal Constitucional (1951) nesse período. Esse Tribunal foi o precursor da análise da Constituição como ordem

[212] A referência a este julgado foi feita por Luís Roberto Barroso (2010, p. 7).

objetiva de valores ou ordem vinculante de valores, instrumental à garantia dos direitos fundamentais (CRUZ, 2006, p. 5-6), tendo desenvolvido uma aprofundada teoria de direitos fundamentais. A tradição germânica repousa na premissa de um sistema normativo racional, que foi temperado com essa concepção da Constituição como sistema de valores.

Temperamentos que fizeram com que a posição da Corte se transladasse para os órgãos de direção superior do Estado, que são os responsáveis pela unidade política e pela formação e condução da vontade política, alterando com isso a equação de poder (HESSE, 1998, p. 487). Situação que é corroborada com a defesa de uma interpretação criativa[213] da Constituição pelo próprio Tribunal, pois, como a Lei Fundamental não pretende ser "nenhuma ordem neutra de valores" (BVerfGE 7, 198 (205) *in* CRUZ, 2006, p. 7, tradução nossa); a identificação dos valores constitucionais insculpidos em seus princípios é tarefa sua.

Contudo, o Tribunal utilizou estratégias para suavizar o impacto político das decisões que pudessem gerar desconforto em relação ao legislador, as quais foram sintetizadas por Donald Kommers (*apud* VALLE *et al*., 2009, p. 28).

> São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes (VALLE *et al*., 2009, p. 28).

Essas estratégias criativas, que recentemente foram incorporadas ao sistema brasileiro, demonstram um "diálogo institucional" que permite a evolução constitucional, "sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes" (*Idem*). Cumpre ressaltar, contudo, que a primeira solução não conseguiu apresentar qualquer resultado prático, pois as advertências aos legisladores para que suprissem omissão legislativa proferidas em ações de inconstitucionalidade omissiva ou em mandados de injunção não eram cumpridas[214]. É também por esse motivo que o

[213] Criativa aqui no sentido de que o intérprete, ao aplicar a norma cria direito novo, nos termos descritos no item 3.1, não no sentido de ativismo.

[214] A solução adotada em uma série de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em 2007 foi de declarar a inconstitucionalidade das normas que criaram municípios mesmo diante da inexistência da lei complementar federal que regulamentaria tal criação nos moldes exigidos pelo art. 18, § 4º da Constituição Federal, sem a pronúncia de sua nulidade por prazo determinado. A ADI 3689, julgada em 10.05.2007, é exemplo dessas ações. Em pronunciamento

Supremo Tribunal Federal tem adotado novas soluções para a correção de omissões legislativas, conforme será analisado mais a frente.

Kommers (*apud* VALLE *et al*., 2009, p. 28) ainda observa que a Corte Constitucional alemã tem se valido de "estratégias metajurídicas, como a transformação do tempo em seu aliado, postergando decisões nas disputas entre os principais órgãos constitucionais ou ainda aquelas, fruto de reações das minorias, até que a pressão política se reduza, resultando em perda do objeto da demanda". Com isso, é possível se verificar na Alemanha uma *sutil conciliação* entre o ativismo e a concretização dos direitos fundamentais. Mesmo assim, também nesse país o ponto comum está longe de ser um consenso doutrinário, consoante assevera Luis M. Cruz (2006, p. 10-18 e 52-62).

No que se refere ao ativismo relativo aos direitos prestacionais, Andreas Krell (2002, p. 14) informa que os alemães "não aceitam (com algumas exceções) a criação de direitos sociais subjetivos a partir de direitos sociais constitucionais"; sem antes frisar que isso não significa que essa seja uma solução adequada para o Brasil. Logo, a postura da Corte Constitucional, em face da omissão estatal na realização de políticas públicas é mais contida.

A *Itália*, juntamente com a Alemanha, foi precursora do novo constitucionalismo pós-guerra, tendo promulgado sua Constituição em 1947 e criado seu Tribunal Constitucional em 1956. O embate entre o Tribunal Constitucional recém criado e a Corte de Cassação, em face da perda de competência deste para aquele, noticiado por Guarnieri (*apud* Valle *et al*., 2009, p. 29), além da quantidade de leis incompatíveis com a Constituição que o Parlamento se omitia em consertar determinaram uma postura ativista por parte da Corte.

Todavia, como no sistema alemão, essa expansão ocorreu sempre evitando sua contraposição aos órgãos políticos, valendo-se de "estratégias institucionais" como a consagração de sentenças interpretativas e aditivas, além da modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e das sentenças de dupla pronúncia (*doppia pronunzia*) (*Idem*).

---

anterior sobre esse julgado houve destaque a essa nova técnica de controle de constitucionalidade, informando que o Supremo Tribunal "*declarou a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade* da Lei que criou Município e manteve sua vigência pelo prazo de 24 meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento" (FERNANDES e CAVALCANTI, 2009, p. 142). Essa solução resultou na promulgação logo em seguida de emenda constitucional referendando a criação dos municípios até então criados. Não houve exatamente o suprimento da omissão, mas foi o primeiro caso em que rapidamente os parlamentares se mobilizaram para corrigir uma inconstitucionalidade.

A interpretação conforme das leis, destacada por Riccardo Guastini (2009, p. 63) como de grande importância no ordenamento italiano, é um bom exemplo dessas estratégias. A interpretação conforme resulta em duas espécies de decisão: *as interpretativas*, que visam à conservação da lei no ordenamento, nomeada pela Corte como "princípio da conservação de atos normativos" (Corte Constitucional 152/1982, 292/1984 *in* GUASTINI, 2009, p. 64, tradução nossa) e, também, as *manipuladoras* ou *normativas*, identificadas como aquelas em que o Tribunal não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas, mas "– comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo à Constituição" (*Idem*, p. 65, tradução nossa). Estas, portanto, são puros exemplos de ativismo judicial. Mas, na concepção acima destacada de Guarnieri, elas também fariam parte das estratégias de não-contraposição aos órgãos legitimados.

As sentenças normativas se manifestam como *sentenças aditivas* – que são as que estendem a um grupo de pessoas, sob o argumento de igualdade, um benefício deferido na lei somente a outro grupo[215] – ou como *sentenças substitutivas* – em que a Corte declara a inconstitucionalidade de uma dada disposição e em seu lugar introduz um novo entendimento (norma nova) (*Idem*, p. 65-66). Dessa forma, o Tribunal Constitucional adota um perfil que, excepcionalmente, permite o ativismo judicial. O que, na visão de Guarnieri, não choca, mas se compatibiliza com a atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo.

Além disso, Riccardo Guastini ainda lembra que os juízes "comuns" também verificam a compatibilidade da norma à Constituição quando 1) funcionam como um "filtro" das controvérsias que devem subir à Corte[216] (*Idem*, p. 58-59); 2) quando aplicam a interpretação conforme (*Idem*, p. 67); e 3) demonstram o poder de aplicar diretamente a Constituição aos casos concretos, nesse sentido (Corte Constitucional 88/1979, 129/1963 *in* GUASTINI, 2009, p. 64-65).

[215] Solução esta que não é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual exige *lei específica* para a extensão de um benefício sob o argumento da igualdade. Nesse sentido, súmula 339 do STF (Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia), cuja compatibilidade com a Constituição vigente foi confirmada pelo RE 173252; o mesmo se aplica aos benefícios previdenciários, cuja necessidade de lei específica para sua extensão aos cidadãos não expressamente contidos na lei é frisada, conforme RE 204.193; AI 538673 AgR; RE 406710 ED; RE 354368; RE 247080; RE 204735; RE 205896; RE 205787 AgR, entre outros.

[216] Semelhante ao juízo prévio de admissibilidade do recurso extraordinário exercido pelos Presidentes dos TJs no Brasil. Mas lá, são os juízes da causa que o fazem.

Não obstante, Vanice do Valle e outros (2009, p. 30) observam que a experiência italiana desenvolveu "a doutrina do direito vigente", que mitiga os riscos da excessiva concentração de poderes na Corte Constitucional com a *cooperação* de todo o Poder Judiciário para a definição da competência deste Corte, pois são os juízes que determinam o que deve ser julgado por ela – conforme já explicado por Guastini. Assim, o direito vigente delimita o ativismo judicial na medida em que estabelece as fronteiras e o objeto da própria atuação do Tribunal Constitucional.

As sentenças aditivas, na concepção apresentada acima, indicam o enriquecimento do tecido dos direitos sociais, pois permite a aplicação extensiva do princípio da igualdade. Situação que decorre das próprias condições político-institucionais italianas, que favorecem as ideias de igualdade material (CHELI *et al*. *apud* VALLE *et al*., 2009, p. 30).

Com relação à *Espanha*, há que se ressaltar que a Constituição de 1978 ora vigente é resultado de um consenso político que demorou a se perpetrar. No primeiro terço do século XX, viveu em instabilidade política, depois passou por guerra civil e pelo totalitarismo facista. Com a morte de Franco em 1975, ocorre a transição para a democracia e a promulgação da citada Carta. É, pois, uma jovem democracia, como o Brasil. Diante desse cenário, García de Enterría (2001, p. 207) explica que o Tribunal Constitucional, criado com a Constituição em 1978, absorve um elemento garantidor do *consenso político* inicial que culminou do novel instrumento constitucional[217].

Da mesma forma que no caminho italiano, a inércia parlamentar dá lugar ao maior ativismo por parte da Corte Constitucional. Perfecto Andrés Ibanez (*apud* VALLE *et al*., 2009, p. 31) identifica como causa para essa postura "a emergência de condutas delitivas nos demais âmbitos institucionais [Legislativo e Executivo], das quais se pode concluir o estrondoso fracasso dos mecanismos preventivos dos desvios ou patologias de funcionamento das estruturas formais de poder".

Na linha italiana e alemã, também há o desenvolvimento de técnicas de controle que se distanciam da simples declaração de inconstitucionalidade. Mas é no espaço da baixa densidade normativa que a interpretação do Tribunal dá espaço às sentenças interpretativas e aditivas

[217] No mesmo sentido, Perfecto Andrés Ibanez (*apud* VALLE *et al*., p. 31) consigna sua importância como vetor de equilíbrio na equação das forças políticas.

(VALLE *et al*., 2009, p. 31). O Tribunal Constitucional, portanto, apresenta um "protagonismo da jurisdição constitucional na vida política" (*Idem*).

Vanice do Valle e outros (*Idem*, p. 32) ainda apresentam duas situações sobre o caso espanhol; a primeira, é o estado de tensão gerado pelo ativismo do Tribunal; a segunda, é a consequência limitadora desse estado de tensão, pois os órgãos políticos, a opinião pública e o povo, diante da tensão provocada, terminam por limitar sua atuação ativista[218].

3.3.5. Conclusão acerca das experiências estrangeiras

Mauro Cappelletti (1999, p. 110-130) conclui que a inevitável criatividade dos juízes – para ele, não só inevitável mas necessária – aplicam-se tanto à família da *common law* quanto à família da *civil law*. Nessa direção, a conclusão do presente estudo sobre a realidade alienígena concorda especificamente com *a existência de um certo grau de ativismo judicial em ambos os sistemas e em todos os países estudados*. Quanto à necessidade de incremento da criatividade dos magistrados, há de se ressalvar sua discordância, pois se acredita que o ativismo, nos moldes identificados nos países analisados, pode demonstrar aspectos negativos; por isso, a necessidade do uso dessa postura só *excepcionalmente*.

Por meio da visualização da realização de direitos e do ativismo judicial foi possível concluir também que não é possível dizer antecipadamente qual das posturas (ativista ou não-ativista) mostrou-se melhor ou pior para as sociedades estudadas[219]. Isso porque nos diversos países investigados há boas e más decisões em ambos os caminhos. A análise da atuação das Cortes Constitucionais no direito comparado permitiu identificar decisões que demonstraram um *papel fundamental do Poder Judiciário* na promoção dos direitos fundamentais. Contudo, não foi possível associá-las a uma ou outra postura judicial.

É possível uma atuação realizadora de direitos com uma postura textualista/originalista ou, ainda, contramajoritária (para os americanos essa é uma das formas de ativismo, mas para nós não). Contudo, a história demonstrou que uma atuação ativista da Corte foi *necessária* à superação de crises políticas e econômicas, bem como à implementação de políticas públicas

[218] Este argumento é busca esteio em Eduardo García de Enterría (2001, p. 184).
[219] Cass Sunstein (2005, p. 43) também chega a mesma conclusão em um de seus estudos.

exigidas pela sociedade (lembre-se que o verdadeiro detentor do poder é o povo – soberania popular). Mas na Índia e nos Estados Unidos[220], por exemplo, há ocorrências contrárias.

Nesse contexto, acredita-se que o Judiciário precisa estar em vigília constante para não atuar com abuso de suas funções rompendo o pacto democrático e a separação de poderes, ou seja, é preciso alguma autolimitação (*self-restraint*). Porém, se for necessário adotar uma postura com perfil mais ativo para a realização de direitos constitucionais, sobretudo os fundamentais, essa posição deve ser tomada, sob pena deste Poder, não o fazendo, se tornar partícipe de uma inconstitucionalidade.

Nessa direção, um exemplo que serve de parâmetro a ser seguido foi o caso *Grootboom* julgado pela Suprema Corte sul-africana. No caso, o tribunal impôs uma ordem aos executores dos direitos sociais, sem se imiscuir na realização das políticas públicas, ficando em uma situação de *fiscalizador e observador próximo* de todo o processo, exigindo inclusive relatórios sobre o andamento da política pública proposta. Houve realização de direitos constitucionais sem um modo de agir ativista, mas também sem uma omissão judicial; com respeito à separação de poderes, ao controle recíproco entre Poderes (no caso, do Judiciário sobre o Executivo) e à liberdade de conformação do Legislador (que terá que dialogar com o executivo formular políticas públicas que resolvam ou amenizem o problema).

As estratégias de conciliação dos órgãos políticos tradicionais com o Tribunal Constitucional estabelecidas na Alemanha, Itália e Espanha também merecem destaque. São formas em que o Judiciário não se omite na realização de direitos fundamentais nem tampouco profere sentenças aditivas sem que, antes, tenha sido permitido aos órgãos políticos a solução da problemática. A crise parlamentar espanhola e algumas omissões legislativas italianas, diante da proximidade desse ponto com o Brasil, ambas identificadas como fator impulsionador para o ativismo judicial, também deve ser levada em conta para a análise da situação brasileira.

Posturas ecléticas entre o ativismo e o não-ativismo, como essas, em que o Judiciário passa a atuar como *fiscalizador imediato* de algumas políticas públicas deficitárias (*Grootboom*) ou quando utiliza o tempo a favor de uma conciliação (Europa), mostram-se compatível com os

[220] No estudo sobre esse país não se buscou mostrar casos concretos , apenas apresentar um quadro histórico de sua realidade. Mas os movimentos contrários à atuação ativista da Corte demonstram a contrariedade (da sociedade e/ou do poder) em relação à prática.

princípios democráticos sem coadunar com omissões relevantes dos demais Poderes, com a realização efetiva de direitos constitucionais.

A análise dos precedentes do direito alienígena serve como exemplo para o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos judiciais utilizarem com parcimônia a atuação proativa, sem, contudo, se esquivar de seu mister constitucional de proteção dos direitos constitucionais sempre que a situação de crise assim exigir. É, pois, um bom exemplo para o Brasil. Em suma: a melhor atuação parece estar na *realização* dos direitos constitucionais, notadamente os fundamentais, mesmo que seja necessária uma postura ativista, que de início não é recomendável, mas que, por exceção, torna-se absolutamente indispensável.

Adiante serão estudados aspectos específicos do ativismo judicial no Brasil.

3.4. As possibilidades de ativismo judicial no Brasil contemporâneo

Cass Sunstein (2005, p. 43) observa que não é possível afirmar antecipadamente que o ativismo é sempre uma postura correta ou incorreta diante de todos os casos existentes, sobretudo os difíceis. Conclusão que se coaduna como os aspectos desenvolvidos até esse momento, notadamente após o estudo das realidades estrangeiras.

Até aqui, ao longo de todo o trabalho, foi possível demonstrar alguns pontos, cujo resgate se apresenta essencial para as noções adiante apresentadas. O primeiro, refere-se ao *princípio da separação de poderes*, cuja comprovação de não ter conteúdo estático, mas, ao contrário, móvel foi apresentada no primeiro capítulo. Neste, também foi demonstrado que seu núcleo essencial é fixado, em um primeiro momento, pela Constituição e, ao longo de sua existência, é (re)modelado ou adaptado pelas forças de poder (estatais e não-estatais). Na terceira parte do primeiro capítulo, a partir da observação da história nacional, mostrou-se um incremento significativo da independência, das competências e do poder colocados à disposição do Judiciário para que possa exercer seu mister constitucional; o qual foi realizado legitimamente pelo Poder Constituinte (originário e derivado), pelo legislador infraconstitucional e por alguns fatores sociais.

O segundo resgate diz respeito ao *neoconstitucionalismo*, o qual altera substancialmente diversos institutos jurídicos (teóricos, ideológicos e metodológicos). Cenário que favorece fenômenos como a judicialização, a constitucionalização do direito, a centralidade da

Constituição e aspectos interpretativos diferenciados; tudo isso, identificado também no Brasil. Este novel constitucionalismo afirma ainda a concretização da Constituição e a preservação dos direitos fundamentais como mote principal, cuja responsabilidade é imposta a todos os Poderes constituídos. Também foi observado que o órgão responsável pela guarda da Constituição e por identificar o exato conteúdo desta é o Judiciário, cujo órgão de cúpula que dirá a última palavra é o Supremo Tribunal Federal[221]. Frisou-se ainda, a possibilidade (ou mesmo o dever) de atuação do Poder Judiciário em face de inconstitucionalidades (comissivas ou omissivas) dos demais Poderes. Além do enfrentamento da legitimidade de sua atuação no panorama atual, que restou até aqui confirmado.

Luiz Werneck Vianna e outros (1995, p. 26) constataram que a transição para democracia, vivida desde as *Diretas Já* pela sociedade brasileira e pelos outros Poderes, foi sentida tardiamente pelo Judiciário, com a entrada em cena de novos atores sociais trazidos pela democratização. Somente após alguns anos de existência da Constituição de 1988 é que "a cultura jurídica, entre nós, tende a conhecer mutações substanciais no seu marco tradicionalmente positivista e a incorporar a dimensão da justiça" (*Idem*). Em outro estudo, Werneck e outros (1997, p. 12) informam que o Poder Judiciário teve que passar por uma "súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas".

Essa base conceitual e doutrinária, embora tardia, já é visível. Fato que é comprovado pela teoria do neoconstitucionalismo que se mostra crescente nos últimos anos[222], a qual embasa os novos conceitos de *justiça*, *concreção do direito* e sua *pretensão de correção in concreto*. Tudo isso, conforme exposto no capítulo antecedente e no item 3.1, é doutrinariamente defendido

[221] Diante do controle de constitucionalidade no sistema misto brasileiro também ser exercido pelos demais órgãos jurisdicionais, o Judiciário (e não somente o Supremo) detém as citadas funções. Sobre a atividade da Corte Constitucional – o Supremo – estar fora e acima da separação de poderes, foi demonstrado no fim do item 2.1, que no presente estudo essa discussão não seria fundamental e que a inclusão expressa deste Tribunal entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 92, I da Constituição Federal), não permitia sua desvinculação (orgânica) deste Poder.

[222] Além de autores clássicos como Paulo Bonavides (2009) e Inocêncio Mártires Coelho (2002), que já utilizam a concepção atual do constitucionalismo em suas obras a muitos anos, a obra *Neoconstitucionalismo*, organizada por Regina Quaresma e outros (2009), que conta com trinta e oito artigos de autores de renome na doutrina nacional, mostra-se como um fato comprobatório de que, ao menos doutrinariamente, a concepção do direito, sobretudo do Direito Constitucional, é outra.

no País[223]. Sem distinguir entre causa ou efeito desse fenômeno, os mesmos autores também visualizaram "uma recente mudança no quadro mental brasileiro, deslocando a primazia do Estado em favor das práticas *societais*" (VIANNA *et al*., 1995, p. 26, grifo nosso). Logo, essa fundação *teórica* e *social* permitiu ao Judiciário adaptar-se às exigências atuais[224].

O Poder Judiciário não se mostra mais neutro em relação aos anseios sociais. Werneck Vianna e outros (1997, p. 14), em pesquisa sobre o perfil da magistratura brasileira, mostram que "a perspectiva de um Judiciário neutro em relação aos processos de mudança social contou com adesão de apenas 16,5% dos juízes de primeiro grau em atividade", ou seja, 83,5% defendem uma não-neutralidade[225]. Em outra pesquisa, 74% dos magistrados responderam que "o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais" (SADEK *apud* VIANNA *et al*., 1997, p. 17). Ou seja, a grande maioria deles entende o Judiciário, de fato, como um dos Poderes do Estado, que deve participar ativamente da vida social da população. O que demonstra que este Poder, não somente em sua cúpula, mas também em seus órgãos de base, assume definitivamente um novo papel na ordem nacional. Assimilando, assim, as expectativas dele esperadas no processo democrático.

Essa não-neutralidade, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 18), é legítima, pois perante os direitos sociais

> não se cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

3.4.1. Ativismo judicial e suas emanações

As formas de decidir do Poder Judiciário se apresentam em uma vastidão imensa, que vai desde a simples interpretação gramatical de uma lei, passando por soluções decorrentes de construções extraídas da ponderação de princípios colidentes, até as decisões com alto grau aditivo. O enquadramento delas em perfis pré-determinados não é, portanto, tarefa fácil. Não

[223] E também fora dele, conforme passagens anteriores nos capítulo e item citados e, também, segundo o item imediatamente antecedente sobre as realidades alienígenas.
[224] No item 3.1, foram apresentados alguns fenômenos que são causa e efeito da nova realidade judicial no Brasil.
[225] Neutralidade não se confunde com imparcialidade conforme já informado. Aquela é antropologicamente impossível, enquanto esta é possível de ser alcançada.

obstante, a partir desse momento pretende-se a) identificar quais são as principais possibilidades decisórias no atual quadrante, b) enquadrá-las em um perfil ativista ou não-ativista do Judiciário e, então, c) discutir a legitimidade específica de cada forma de atuar.

Para tanto, as seguintes possibilidades teóricas[226] serão analisadas: 1) *as decisões que aplicam regras a partir de um processo subsuntivo*; 2) *as decisões que de alguma forma ponderam princípios em colisão*; 3) *as espécies decisórias no controle de constitucionalidade*; 4) *as decisões em causas políticas;* 5) *as decisões relacionadas às políticas públicas, aos direitos fundamentais prestacionais e às omissões inconstitucionais* e 6) *as súmulas vinculantes*. Uma vez escolhidos os objetos de análise, cumpre seguir aos próximos dois passos.

Para que seja possível enquadrar as referidas hipóteses decisórias em um perfil ativista ou não-ativista, a referência ao seu conceito é necessária. Como dito, ***Ativismo judicial*** é *uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).* O aspecto jurisdicional, único que interessa a esse estudo, refere-se à inovação no sistema jurídico por meio da *interpretação* de normas jurídicas extraída diretamente da Constituição – dos seus princípios ou regras – sem a existência de alguma intermediação legislativa. Ou seja, é *criação de direito* pelo Poder Judiciário em sua atividade típica, que não se limite à produção da norma jurídica individual e concreta (sentença, acórdão ou decisão).

O termo ativismo judicial, em que pese em sua origem nos Estados Unidos não ter sido utilizado com uma conotação negativa ou depreciativa, após a Corte Warren[227], ele assume esse viés (BARROSO, 2010, p. 9-10). Para o presente estudo ele não assume essa concepção, pois,

[226] A análise que aqui se presta é *conceitual*. Primeiro, são identificadas teoricamente as principais possibilidades de decisões judiciais, as quais são, depois, confrontadas com a doutrina estudada. A escolha de quais são essas "principais possibilidades" parte de uma dimensão científica ideológica, que se relaciona com a opção do pesquisador (MINAYO, 2004). Assim, a partir de constatações empíricas e reflexões teóricas são identificadas as situações que serão analisadas. Além disso, cumpre ainda lembrar que, na introdução, frisou-se que a presente dissertação utiliza uma pesquisa teórica ou bibliográfica, cujo apoio metodológico se assenta no método dedutivo. Não há o objetivo de perfilhar estudos de caso. Logo, os precedentes citados servem para demonstrar exemplificadamente o argumento desenvolvido.

[227] Sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos da América vide item 3.3.3.

como será demonstrado, em determinados momentos e em face de algumas práticas inconstitucionais dos demais Poderes o ativismo se mostra útil e, sobretudo, legítimo.

A legitimidade, por sua vez, refere-se ao *reconhecimento das decisões* do poder, que, especificamente em relação ao Poder Judiciário, diz respeito à *neutralização das decepções* e não necessariamente pelo consenso concreto, criando assim condições para que o poder não necessite usar sua força (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 58 e 80). Ou seja, demonstra-se faticamente pelo comprimento espontâneo das decisões tomadas, pela "prontidão generalizada" para aceitação das decisões proferidas (*Idem*, p. 58). Assim, é possível verificar a adequação das decisões do poder aos anseios sociais[228].

No Brasil, Luís Roberto Barroso (2010, p. 10-11) observa diferentes manifestações de ativismo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entre os quais se incluem:

> a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação ao nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre a criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre o direito à saúde.

Entendidos os critérios adotados em relação à legitimidade, o conceito restrito de ativismo judicial ora adotado e demonstrada a existência nacional do fenômeno é possível prosseguir à análise hipotética das principais decisões possível.

3.4.1.1. Decisões que aplicam regras a partir de um processo subsuntivo

Regras e princípios convivem harmonicamente na atualidade, tanto no seio da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1173-1175) quanto nos diversos microssistemas jurídicos (Direito Administrativo, Tributário, Civil, Empresarial, etc.). E os juízes, diante da normatividade de ambos, necessitam lançar mão deles no processo interpretativo. Contudo, não é toda

[228] Em sistemas de exceção, onde não há legitimidade, o poder precisa utilizar *a força* para o cumprimento de suas decisões, como se viu significativamente no regime militar; é aí, *a contrario sensu*, que de mostra nítida sua conceituação.

interpretação que necessita embasar-se em princípios. As regras jurídicas, sobretudo nos diversos ramos do Direito Privado, resolvem as pretensões postas em juízo.

Como visto, no processo legislativo, o legislador valora os diferentes interesses envolvidos (LARENZ, 1997, p. 164), inclusive os contrapostos entre si, e alocação do resultado dessa mistura em norma *abstrata* e *geral*[229], similar à ponderação de princípios que ocorre *in concreto*, compatibilização que ocorre, todavia, em abstrato. Por isso, as leis nascem com duas presunções: a de sua compatibilidade com a Carta e a de que ela se insere adequadamente em um sistema racional de normas (legislador racional). O postulado do *legislador racional* apresenta-se como um norteador das decisões tomadas, o qual informa que "o jurista se obriga a interpretar o direito positivo como se este e o legislador que o produziu fossem racionais" (MENDES *et al*., 2007, p. 104).

A racionalidade do sistema é, pois, presumida; além de dever ser buscada no processo interpretativo. Ou seja, deve-se privilegiar a interpretação que tente conciliar a norma com as demais normas do sistema, sobretudo com a Constituição (TUSHNET, 2007, p. 418). Então, a interpretação/aplicação das regras atravessa as seguintes etapas: primeiro, a verificação de sua compatibilidade com a Carta (presumida); segundo, a interpretação de seu enunciado (texto) identificando a regra jurídica nele insculpida (norma)[230] por meio de processo criativo (ÁVILA, 2009, p. 30-35); terceiro, sua aplicação ao caso concreto criando norma jurídica individual concreta.

Esse ínterim, embora teoricamente muito mais rebuscado que o simples processo subsuntivo, segundo o clássico método gramatical de Savigny, pragmaticamente mostra-se muito

[229] Existe a possibilidade de norma legislativa de efeitos concretos, a qual é a exceção no sistema.
[230] Conforme já informado, André Rufino do Vale (2009, p. 16-17) apresenta este ínterim interpretativo dividido em fases. A primeira constitui-se da verificação do significado linguístico das disposições de direito fundamental (texto), com a identificação das palavras e seus significados. A segunda refere-se à identificação do conteúdo das normas expressas pelos seus dispositivos (texto). A terceira se restringe à configuração da norma como regra ou princípio. Em casos fáceis, essa fase é suficiente para a identificação de respostas à interpretação; sem maiores controvérsias interpretativas, o "significado das disposições normativas resta claro, fora de dúvidas ou controvérsias interpretativas (zona de certeza)" (*Idem*, p. 16). Para os casos difíceis, há uma quarta fase, na qual o conteúdo da norma depende de uma atividade interpretativa de atribuição de significado à regra ou princípio a partir da análise valorativa do intérprete, portanto discricionária

semelhante a ele. A interpretação das regras – caso não encontrada incompatibilidade com a Constituição[231] ou com outra regra[232] – realiza-se pelo processo subsunção do fato à norma.

Verificando-se a adequação do fato posto à regra, seus efeitos previamente determinados pelo legislador devem ocorrer. Pois, as regras apresentam "consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas" (DWORKIN, 2002, p. 40). Em poucas palavras, "às regras *se obedece* e, por isso é importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações [texto] que contém as regras" (ZAGREBELSKY, 2007, p. 110, tradução nossa). São aplicadas "à maneira tudo-ou-nada" (DWORKIN, 2002, p. 39)[233], o que se precisa é simplesmente encontrar o significado da norma, cujos parâmetros normalmente encontram-se estabelecidos em critérios semânticos.

Alfonso García Figueroa (2003, p. 202) observa que há uma concordância entre os juristas que, em um plano pragmático, as regras têm "uma *maior determinação semântica"*. Com isso, sua interpretação se mostra mais fácil, mais direta, como ato singelo com pouco grau criativo. São aplicadas quase que "mecânica e passivamente" (ZAGREBELSKY, 2007, p. 111, tradução nossa). Assim, como seus efeitos são previamente definidos, não há espaço – ou ele é extremamente reduzido – para o ativismo judicial em sua interpretação/aplicação.

De fato, o brocardo *in claris cessat interpretatio* atualmente não se mostra mais compatível com o processo interpretativo, sobretudo em relação à Constituição. A interpretação identifica o significado e conteúdo da norma segundo um processo criativo, para então concretizá-la, aplicá-la em concreto. Toda norma jurídica, toda norma constitucional, precisa ser interpretada sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a

---

[231] A obrigatoriedade de manifestação fundamentada do magistrado acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da regra só se exige se houver pedido para tanto. Caso contrário, a própria presunção de constitucionalidade cuida de sustentar a validade da regra.

[232] Caso verificado conflito entre duas regras e não havendo solução de exceção em alguma delas, uma deve ser considerada inválida. A regra ou é válida ou não é; sendo válida, sua resposta ou consequência deve ser aceita, não o sendo, em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39). Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos (ALEXY, 2008a, p. 91). O conflito entre elas se dá em uma dimensão de validade (DWORKIN, 2002, p. 39; ALEXY, 2008a, p. 92-93). Se houver conflito entre duas regras, uma deve ser considerada inválida, para tanto serão considerados os critérios clássicos: hierárquico, cronológico e da especialidade.

[233] Para Alexy (2008a, p. 103-106), a medida 'tudo-ou-nada' não é uma maneira mais adequada; o modelo de Dworkin "é, contudo, muito simples". Não obstante, para esta parte específica da dissertação a solução deste autor basta.

dificuldade de interpretação (BARROSO, 2004, p. 76-77)[234]. Todavia, no caso das regras a atividade criativa do intérprete é extremamente reduzida, cujos limites são postos pelo próprio significado (restrito) das palavras/termos utilizados pelo legislador[235].

Segundo Zagrebelsky (2007, p. 109), as *normas legislativas* são prevalentemente regras. Por isso, na jurisdição ordinária[236] o processo de interpretação se dá normalmente na forma subsuntiva – com as nuances apresentadas. Refere-se, portanto, aos casos fáceis, em que não há maiores problemas interpretativos. É nesses casos que o formalismo jurídico e as concepções hermenêuticas tradicionais tem ainda grande relevância, pois a margem de criatividade do juiz é reduzida. O que, como dito, desfavorece o ativismo judicial; com isso, desnecessária a análise da legitimidade dessa atuação.

3.4.1.2. Decisões que de alguma forma ponderam princípios em colisão

As *normas constitucionais* (sobre *direitos* e sobre a *justiça*), por sua vez, são frequentemente princípios (ZAGREBELSKY, 2007, p. 109). Logo, é o trabalho de interpretação constitucional que demanda uma maior atenção do magistrado, e uma maior possibilidade de ocorrência do ativismo judicial, pois a aplicação dos princípios é mais complexa e mais sujeita a subjetividades. Afirmação que não se restringe ao Supremo Tribunal Federal, visto que o sistema misto nacional permite a verificação de constitucionalidade também na justiça ordinária (*por via de ação*). E ganha especial relevo em se tratando de ações com efeitos coletivos como a ação civil pública (art. 129, III da CF/88 e Lei nº 7.347/85), a ação popular (art. 5º, LXXIII da CF/88 e Lei nº 4.717/65) e a ação coletiva (art. 81 e ss. da Lei nº 8.078/90) em que a declaração incidental

[234] Konrad Hesse (a*pud* BARROSO, 2004, p. 77) distingue alguns termos: *mera atuação/realização* da Constituição, como ato singelo ou mesmo inconsciente de cumprimento de suas normas; *compreensão*, que é a atividade desenvolvida quando o texto legal é claro e preciso; e *interpretação propriamente dita*, que é a tarefa mais complexa de revelar o sentido da norma, quando a Constituição não oferece resposta concludente.

[235] Não se pretende aprofundar nas formulações hermenêuticas das regras, pois o objeto estrito de pesquisa refere-se ao ativismo judicial. O que permite prosseguir às próximas hipóteses decisórias.

[236] No sistema misto de controle de constitucionalidade existente no Brasil, o controle difuso é possível, mas essas questões (quando declarada a inconstitucionalidade) normalmente sobem ao Supremo Tribunal Federal, instalando-se a jurisdição extraordinária. Por isso, as decisões proferidas no controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) serão tratadas adiante.

de inconstitucionalidade parcial ou total, mas *incidental*, atinge uma gama muito maior de pessoas[237].

Além disso, não é somente a interpretação constitucional leva em conta a ponderação de princípios, há também duas formas da *interpretação infraconstitucional* levar em conta os princípios. A primeira, diz respeito à necessária interpretação da norma infraconstitucional *à luz da Constituição* (interpretação indireta da Carta), que se dá por meio da interpretação *indireta negativa* referente ao juízo de compatibilidade com a Constituição, é a verificação de constitucionalidade prévia que se faz da norma infraconstitucional antes de aplicá-la e por meio da interpretação *indireta finalística* que se refere à verificação, em um segundo momento, se a *aplicação concreta* da norma considerada constitucional produz resultados compatíveis com a Carta (MOREIRA, 2009, p. 222).

A segunda, considera que os diversos microssistemas de direito contêm princípios próprios que podem sofrer colisões em concreto; embora bem mais raramente, pois a maior quantidade de regras existentes neles desincentiva a aplicação direta de princípios. Um bom exemplo da aplicação direta de princípios ocorre no Direito Civil quando se analisam as cláusulas de um contrato atípico. No caso, incidirão as predominantemente disposições gerais aplicáveis aos contratos (art. 421 a 425 do Código Civil), que são normas principiológicas. Então, o fenômeno de ponderação em concreto de princípios em colisão ocorre tanto na interpretação constitucional quanto na interpretação infraconstitucional[238] (mais frequentemente naquela), seja na justiça ordinária, seja na justiça extraordinária (STF na atuação recursal extraordinária), seja no Tribunal Constitucional (STF atuando como tal).

Paulo Bonavides (2009, p. 274), por seu turno, informa que "a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de

[237] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não veda que entre os pedidos existentes nessas ações haja um pedido incidental de inconstitucionalidade, desde que não haja unicamente este pedido, ou seja, que a declaração de inconstitucionalidade seja um meio para se atingir um outro resultado concreto vindicado na demanda. Por todos, EMENTA: (...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. (...) (RE 424993, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJe-126 DIVULG 18-10-2007 PUBLIC 19-10-2007 DJ 19-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02294-03 PP-00547).

[238] O intuito de se generalizar a interpretação principiológica por meio da ponderação tem o escopo sobretudo didádico, mas a existência de "uma distinção necessária entre normas constitucionais e normas de direito ordinário" é conhecida (CANOTINHO, 2003, p. 1324).

concreção e objetividade. Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, máxima". É nessa segunda fase que o Judiciário assume grande relevância para o sistema, uma vez que este órgão é notadamente o responsável pela interpretação e concreção dos princípios constitucionais. Isso porque as normas só se mostram e os enunciados normativos (texto) somente revelam-se em plenitude no momento de sua concreção (MENDES *et al*., 2007, p. 56-57).

Antes de adentrar na ponderação, uma primeira dificuldade. Constata-se que as transformações sociais são primeiro enfrentadas pelo Judiciário para, depois, ser legislada. Destarte, "incumbe essencialmente aos intérpretes-aplicadores – e não aos legisladores – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais" (MENDES *et al*., 2007, p. 59). Isso porque a atividade legislativa encontra uma morosidade intrínseca à própria deliberação política. Acrescente-se a isso que o direito não é um sistema dotado de completude; portanto, "há inevitáveis espaços de criação na construção da norma jurídica individual" (NUNES, 2010, p. 63). E isso, sempre houve[239].

É nesse cenário que o juiz precisa ter *coragem* e *serenidade* para enfrentar as novas situações formulando respostas *pretensamente* justas – até porque o *non liquet* veda seu não pronunciamento (LARENZ, 1997, p. 414). Justiça que deve ser buscada nos valores, na medida do possível, da própria sociedade, porquanto, como toda a interpretação jurídico-normativa passa em alguma medida pela Constituição, potencialmente toda a comunidade deveria participar (HÄBERLE, 2002, p. 23)[240]. Em suma, as novas situações decorrentes da complexidade da vida contemporânea são um desafio às soluções judiciais, visto que em regra não existe lei que subsuma as situações fáticas postas (por exemplo, internet, comércio virtual, crimes virtuais); a resposta deve se dar a partir da ponderação de princípios.

Já explicada no item 2.3.1.2.3, a técnica da ponderação é referenciada pela quase totalidade dos neoconstitucionalistas, por isso não há necessidade de uma maior digressão aos seus termos. Há de se frisar, contudo, que a *ponderação* ou *proporcionalidade em sentido estrito* ocorre somente em concreto e que "decorre da relativização [de algum(ns) princípio(s)] em face

[239] As teorias positivistas já identificavam esse problema e criavam soluções para o preenchimento de lacunas, como, por exemplo, os estabelecidos no art. 4º da LICC.

[240] É por isso que nos processos de índole objetiva, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto nos Tribunais de Justiça no controle de constitucionalidade estadual, a participação dos *amicus curiae* é recomenda.

das possibilidades jurídicas" (ALEXY, 2008a, 116-120)[241]. Depende de uma análise de cunho subjetivo do intérprete[242], pois é ele que irá sopesar os princípios em choque no caso concreto analisado desvendando assim qual é o verdadeiro significado do princípio naquela ocasião concreta. Por isso, Zagrebelsky (2007, p. 112, tradução nossa) afirma que os princípios "têm um caráter inevitavelmente criativo, ínsito à determinação de seu significado".

A doutrina, conforme já algumas vezes frisado, acentua contemporaneamente o caráter criativo da interpretação[243]. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (2000, p. 32-33) afirmou que "o Juiz tem, nos dias de hoje, um amplo campo do agir interpretativo". Some-se a isso a impossibilidade antropológica da existência de um juiz neutro (ZAFFARONI, 1994, p. 107-109); "o *Juiz, quando interpreta, jamais é neutro*. (...) Dizer que o Juiz é neutro quando presta a jurisdição é uma hipocrisia" (DIREITO, 2000, p. 30-31). Acrescente-se que a possibilidade de escolha do método e de seu manejo pelo intérprete é guiada por sua *pré-compreensão*, o que acaba "condicionando, se não mesmo determinando, o conteúdo das decisões" (COELHO, 2001, p. 28-29). Em suma, é impossível desconsiderar por completo a subjetividade do intérprete.

Contudo, Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 69) informa que "sem discrepância os estudiosos ressaltam a necessidade de utilização de critérios objetivos e controláveis em todo o itinerário hermenêutico", onde as regras de interpretação têm o escopo comprobatório da racionalidade de seu desenvolvimento e, se necessário, servem para cobrar explicações dos seus formuladores. Nesse sentido, ressalta Andreas Krell (2002, p. 82-83) que, apesar da interpretação valorativa se dar por meio da "flexibilização" da literalidade normativa para uma "re-criação" que conduza à justiça concreta, "essa 'valoração', contudo, não deve ser *subjetiva* no sentido de se basear sobretudo na subjetividade do operador, mas *objetiva* enquanto confira prevalência aos

[241] Alexy (2008a, p. 116-117) informa que um dos pilares de sua teoria é a *máxima da proporcionalidade*, que se desdobra em três outras máximas parciais: da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso), da proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento.

[242] Pautada em critérios racionais, métodos hemenêuticos, teorias argumentatias, etc.; porém, mesmo assim, há uma subjetividade inata nessa atividade.

[243] Oportuno identificar duas correntes antagônicas a esse respeito. Conforme observação de Canotilho (2003, p. 1196-1198), as *posições interpretativistas* que "consideram que os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos". Aí poderiam se enquadrar os textualistas americanos, como Justice Scalia, bem como os originalistas. As *posições não-interpretativistas* "defendem a possibilidade e a necessidade dos juízes invocarem e aplicarem 'valores e princípios substantivos' (...) contra atos da responsabilidade do Legislativo em desconformidade com o projeto da Constituição" (*Idem*, p. 1196).

valores que o sistema jurídico integra". Assim, ao menos se pretende que seja a postura do magistrado, mas para que ela se torne possível de aferição há necessidade de instituição de *formas de controle*, as quais são uma das vigas mestras do sistema republicano e da separação de poderes.

Então, para que seja possível o controle pela sociedade e pelos outros Poderes estatais, o sistema jurídico criou uma forma jurídico-racional, qual seja, a *fundamentação* das decisões. Conforme já apresentado no item 3.1, o direito tem uma *pretensão de racionalidade* que é buscada, no cenário neoconstitucionalista, a partir da utilização de *teorias da argumentação jurídica*, como as de Alexy (2008b) e MacCormick (2006). Situação que permite o controle da racionalidade do julgador; o qual pode ser exercido pela opinião pública, pela sociedade e pelos demais Poderes (BARROSO, 2010, p. 33-38 e 42-43). Então, na análise da situação principiológica que se apresente o magistrado utiliza a técnica da ponderação de forma controlável, fundamentando-a segundo critérios racionais (argumentação jurídica).

Karl Larenz (1997, p. 410), apoiando-se no pensamento de Hare, informa que os julgamentos não só expressam algo sobre a própria valoração do juiz, mas, em primeiro lugar, algo sobre como *deve ser julgada* determinada situação de fato "sob pontos de vistas jurídicos, em conformidade ás exigências e pautas de valoração do ordenamento jurídico". Dessa forma, a jurisprudência é responsável pela fixação das pautas objetivas de valores, o que se coloca como limite à subjetividade do julgado.

Todo o resgate feito nesse tópico serve para demonstrar que a concreção de normas principiológicas não significa necessariamente uma modalidade de ativismo judicial. Por óbvio, há uma maior liberdade do intérprete nessa interpretação-concreção que na simples aplicação subsuntiva das regras. Nesse cenário, o Judiciário pode apresentar duas posturas diversas: *uma ativista* e *outra não-ativista*. A *sobreinterpretação* da Constituição (GUASTINI, 2009, p. 53-55) influencia essa identificação. Se o intérprete identificar na Constituição (seja em sua interpretação direta, seja na indireta) inúmeros *princípios implícitos* de forma que não existam espaços vazios de Constituição, haverá *propensão*[244] à ocorrência de decisões que tenham algum perfil aditivo

[244] Riccardo Guastini (2009, p. 54) não fala de critérios, graus ou formas claras de identificação da sobreinterpretação; explica, contudo, que nessa interpretação "toda decisão legislativa está pré-regulada (quiçá ainda minuciosamente regulada) por uma ou por outra norma constitucional". Isso não gera necessariamente o ativismo judicial segundo o conceito posto, uma vez que o Judiciário pode em um caso concreto sobreinterpretar a

nas relações da vida (pública ou privada), que regulem condutas independentemente de lei, ou que adentrem o campo das políticas públicas. Lado oposto, uma interpretação que identifique princípios constitucionais implícitos, mas que entenda que a constituição não é responsável por regular todas as situações da vida, sendo deferente à atuação legislativa tende a ser não-ativista.

É aí que se lança uma observação: se *tudo* é princípio, então *nada* é verdadeiramente princípio. Uma *panconstitucionalização* não é bem vinda (SARMENTO, 2009, p. 288-301). O risco de esvaziamento da Constituição com sua sobreinterpretação exacerbada é nítido. A Carta contém princípios, alguns dos quais são implícitos. Isso não se pode negar. Mas tentar interpretar cada regra constitucional extraindo dela um novo princípio, abstraindo-se da densidade normativa colocada nessas regras, supera o que é desejável. Cria um risco de um governo de juízes (SWEET, 2000) ou de uma hegemonia do Judiciário (BARROSO, 2010, p. 45). Neoconstitucionalismo sim, mas não um maximalista ou desmedido. Um neoconstitucionalismo moderado ou minimalista parece se mostrar mais apto a interpretar os *princípios constitucionais como princípios* e as *regras constitucionais como regras*.

Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 62-63) demonstra que tanto no sistema do *common law* quanto no *civil law* haverá espaço para a criação do direito pelo magistrado; "mesmo aqueles que, como Eros Grau, negam ao juiz o exercício do poder discricionário – no que estamos de acordo –, admitem que o juiz cria direito, não lhe dando, porém, o poder de produzir normas *livremente*". O que implica dizer que, em algum grau, o magistrado é legitimado a criar direito.

Veja-se, por exemplo, o *mandado de segurança* sobre o qual o judiciário criou direito, limitando o uso de um remédio constitucional (direito fundamental, no conceito *lato*). Ao longo de algumas décadas criaram-se conceitos e limitações (legitimidade ativa e passiva, teoria da encampação, etc.) não contidos na Lei nº 1.533/51, muitos dos quais foram incorporados pela novel legislação (Lei nº 12.016/09). Exemplificadamente, o artigo 25 da nova lei prevê que não cabem honorários advocatícios no *mandamus*, incorporando criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (súmula 512) e do Superior Tribunal de Justiça (súmula 105); ainda seu cabimento em conformidade com a súmula 333 do STJ (Cabe mandado de segurança contra ato

---

Constituição, identificando inúmeros princípios implícitos, e mesmo diante disse perceber que a lei aplicável se coaduna com esses princípios e, por isso, deve ser aplicada subsuntivamente. Por isso, o simples ato interpretativo que não ache espaços vazios de Constituição pode não resultar em ativismo judicial.

praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública), situação não cogitada pela lei anterior e que, com um apressado olhar parece até ser vedada pelo art. 2º da nova lei. Conclui-se, pois, que há muito existe alguma criação jurídica pelos Tribunais.

A admissão do fato (inegável) da criação do direito pelo legislador, segundo Jorge Amaury Nunes (2010, p. 63), não significa concordar com formas exacerbadas de ativismo judicial. *Contrario sensu*, significa dizer que formas não-exacerbadas de ativismo, podem ter sua concordância. É dessa forma que o presente trabalho se coloca: há formas de ativismo judicial que recebem legitimação pelo próprio texto constitucional; enquanto, outras, são exageros desmedidos da ação judicial que retoricamente tentam buscar respaldo. Para Cappelletti (1999, p. 21-23), o problema está no "grau de criatividade" e nos "modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos Tribunais judiciários" e não na criação.

Com essa perspectiva o presente estudo não se pronunciou de forma contrária nem tampouco favorável ao ativismo judicial, informando que a compatibilidade dessa forma de agir com os preceitos democráticos e de divisão e controle do poder deve ser aferida pela investigação das *espécies* (formas) de sua emanação – que podem mostrar formas legítimas de ativismo e outras, não; além disso, dentro de cada uma dessas espécies, é possível identificar *critérios* que demonstram as possibilidades de ativismo, da mesma maneira, legítimos ou não[245].

É tempo de identificar alguns aspectos jurisprudenciais[246] aclaradores da situação informada para, então, adentrar no campo da legitimidade. Cumpre relembrar que, segundo o entendimento posto, uma decisão judicial com perfil aditivo pode se mostrar *legítima* ou *ilegítima*. O que faz inserir a decisão em uma ou outra categoria é a análise concreta da situação que provocou a decisão inovadora na ordenação de condutas públicas ou privadas, a qual pode legitimar ou não a atuação judicial.

[245] Conforme demonstrado nos capítulos antecedentes, o ativismo não é em si ilegítimo, porquanto pode decorrer de inconstitucionalidades (comissivas ou omissivas) dos demais Poderes, apoiando-se, pois, em normas ou instrumentos constitucionais.

[246] Conforme delineado na introdução a essa pesquisa, não se pretende estudar casos concretos com o objetivo de afirmar indutivamente a posição do Poder Judiciário ou de seu órgão de cúpula. As decisões e comentários que se seguem tem o escopo somente de exemplificar a tese desenvolvida.

Vanice Regina do Valle e outros (2009, p. 99-134) analisam decisões do Supremo Tribunal Federal para enquadrá-las (ou refutar esse hipótese) dentro do *pragmatismo jurídico*[247], que valora a experiência, o dinamismo da vida pautando-se na análise das consequências das decisões judiciais. A partir dos julgados analisados, a conclusão do estudo pode ser assim resumida: 1) os argumentos utilizados pelos Ministros do STF, como "força normativa dos fatos", "situação excepcional", "contexto" e "realidade constitucional", aproxima a Corte de um ativismo judicial proporcionado pelo pensamento pragmatista do que pela perspectiva teórica do neoconstitucionalismo, que, porém, exerceram papel importante papel na motivação de alguns votos analisados; 2) alguns julgados sugerem um fio condutor não na efetividade dos direitos tratados (liberdade, principalmente) ou nos compromissos valorativos do texto constitucional, mas na eficácia de sua própria jurisdição – visto que haviam pronúncias anteriores da mora legislativa não cumpridos –, com vistas à "afirmação e aplicação da competência normativa da Corte, particularmente nas situações que ela qualifica como excepcionais e 3) revela "uma articulação entre as preocupações contextualistas e consequencialistas do pragmatismo jurídico e uma modalidade jurisdicional, com caráter procedimental, de ativismo judicial".

Sobre o segundo argumento, Luis Roberto Barroso (2010, p. 34-36), em estudo recente, verifica a preservação e expansão do poder do Supremo Tribunal Federal como uma influência política sobre seus julgamentos, pois o primeiro impulso natural do poder é sua autoconservação e o segundo, sua expansão. Como exemplos da preservação, apresenta o cancelamento da súmula 394, excluindo, com isso, a possibilidade de foro privilegiado dos políticos após deixarem a função e a declaração de inconstitucionalidade de lei posterior editada pelo Congresso (QO no Inquérito nº 687), reafirmando sua competência, além de mesma afirmação que ocorreu, após ter declarado a inconstitucionalidade em controle difuso (efeitos *interpartes*) da não progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos e um juiz do Acre não ter adotado essa

[247] Corrente do pensamento que surge nos Estados Unidos e lá ganha acolhida, fundamentando-se no *antifundamentalismo*: a verdade não se encontra em princípios e conceitos previamente construídos, mas de conceitos vindos da experiência, que servem como hipóteses a serem confirmadas na prática; *contextualismo*: valora a força do contexto nessa análise, o pensamento volta-se às consequências de ordem prática; *instrumentalismo*: o direito assume uma postura construtivista, vez que interfere efetivamente na realidade; *consequencialismo*: o conhecimento acompanha o dinamismo da vida, pauta-se nas consequências da ação para se voltar para o futuro; *interdisciplinariedade*: abertura para as várias áreas do connhecimento (VALLE *et al*., 2009, p. 109-112). Para Thamy Pogrebinschi (2000, p. 125), o pragmatismo jurídico consiste na "revivescência" do realismo jurídico, que predominou nos EUA no século XX.

posição, na Reclamação nº 4335[248], onde a Corte (com argumento de mutação constitucional) colocou em cheque os efeitos do art. 52, X da CF, que afirma a necessidade de decisão política do Senado para dar efeitos *erga omnes* à decisão do STF em controle difuso. Os exemplos da expansão foram os julgamentos da fidelidade partidária e do nepotismo, que serão observados adiante, no item 3.5.2.

Deixando de lado a questão da expansão da competência de Corte, que será analisada adiante, as conclusões de ambos os estudos são aceitas como informadoras da posição do Pretório Excelso na realidade. O pensamento pragmatista mostra um importante olhar da Corte para a realidade nacional, o que é valorizado pelo neoconstitucionalismo, porquanto, para que seja possível captar os *ideais* da Carta conforme a abertura axiológica permeada pelos princípios, sobretudo em um ambiente em que as pré-compreensões dos juízes não é mais esquecida, é necessário que não se concretize princípios somente em face de suas convicções pessoais, mas também e sobretudo em face dos valores sociais.

Quanto à legitimidade das referidas decisões, primeiro: "a força normativa dos fatos e o caso dos Municípios" (ADI 2240 e ADI 3489) será analisada no próximo item. A segunda decisão analisa o "pensamento do possível" (SS 3154): a Constituição do Rio Grande do Sul prevê que o pagamento da remuneração de seus servidores seja realizado até o último dia útil do mês trabalhado, porém, diante de grave crise que o Estado se encontrava, a Governadora determinou que somente salários até determinado valor fossem pagos, nesse precedente o STF suspendeu a eficácia de decisão *a quo* que declarava inválida tal limitação ao argumento da reserva do possível e da grave crise; a norma da Constituição do Estado não foi declarada inválida, mas a decisão do STF suspende seus efeitos temporariamente, até que a situação volte a normalidade; essa decisão não se mostra, no entender desse estudo ativista, pois cujos efeitos são de *legislador negativo*, cuja legitimidade é reconhecida, conforme próximo item. Descendo mais afundo, é possível verificar também que o cenário vivido pelo Estado "apresenta um quadro de anormalidade que justifica o afastamento das regras previstas pelo legislador (VALLE *et al*., 2009, p. 123).

[248] Também analisada na pesquisa de Vanice do Valle e outros. Pendente de julgamento em face de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. A ação está com dois votos em cada sentido.

A terceira decisão, referida em ambos os estudos, diz respeito à "mutação constitucional" (Reclamação nº 4335): essa situação mostra-se notadamente ativista, pois pretende transformar os efeitos *interpartes* do controle difuso em *erga omnes*, criando, com isso uma possibilidade de regulação de conduta (mesmo que indireta) de forma *geral* e *futura* em ações cujos efeitos não foram legitimamente concedidos pela Constituição; ilegítimo, portanto, pela afronta direta à separação de poderes, pois tolhe poder político do Senado Federal e, diga-se, sem qualquer fundamento que permita essa excepcionalidade. No entender da presente pesquisa agiu acertadamente o Ministro Lewandowski em adiar o julgamento para que o STF possa refletir melhor sobre os efeitos da decisão. A quarta decisão acerca da regulamentação da greve por mandado de injunção (MI 670) será analisada no item 3.4.1.5. A última (Inquérito nº 687) não se considera ativista, uma vez que, novamente, a Corte atuou como *legislador negativo*, além de ter legitimamente atuado, pois a própria Constituição o coloca seu último guardador, cabendo-lhe a última palavra sobre os seus termos; se entendeu dessa ou daquela forma a legitimidade da primeira atuação poderia ser questionada, mas desrespeitar a posição da Corte não parece compatível com os ditames da separação de poderes.

Adiante, algumas emanações no controle de constitucionalidade.

3.4.1.3. Espécies decisórias no controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade[249] exercido sob a forma jurídica não é necessária à ao constitucionalismo democrático, mas "tem servido bem à causa, de uma maneira geral", o que se mostra especialmente verdadeiro em países de redemocratização recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso (BARROSO, 2010, p. 15). No que se refere às democracias recentes, o presente estudo também alcançou a mesma conclusão (item 3.3).

Cumpre verificar preliminarmente o enquadramento da declaração de inconstitucionalidade com caráter negativo, que ocorre quando o Tribunal atua como *legislador negativo* e declara a inconstitucionalidade das normas aprovadas pela maioria parlamentar

[249] Não se pretende uma longa e ampla explicação sobre o controle de constitucionalidade, tema já amplamente estudado na doutrina nacional. Nesse tópico deseja-se somente apresentar as técnicas de controle de constitucionalidade para aferição de seu perfil aditivo e de sua legitimidade.

(contramajoritária). Longíssima é a discussão sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade, a qual, porém, é pressuposta neste trabalho[250]. O exercício de todos os Poderes constituídos está vinculado à Constituição. O princípio majoritário "não exclui, antes respeita, o *pensar de outra maneira*, o *pensamento alternativo*"; assenta-se, portanto, "num *relativismo pragmático* e não num *fundamentalismo de maiorias*" (CANOTILHO, 2003, p. 331). Viabilizando, nessa feita, o argumento contramajoritário negativo.

Nessa direção, Inocêncio Mártires Coelho (2005, p. 5) destaca que, como o Tribunal Constitucional é competente para a concretização última da lei fundamental, a definição de sua autoridade (legitimidade) estaria aí definida; a jurisdição constitucional, "para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não se descobrir nenhuma fórmula mágica que permita juridificar a política sem, ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça" (*Idem*, p. 7-8).

Nos Estados Unidos, percebendo esse grau político na própria atividade jurídica de controle de constitucionalidade, alguns doutrinadores conceberam a atividade contramajoritária de invalidação das leis como sendo uma das formas de ativismo judicial[251]. Não obstante, no Brasil – e também no presente trabalho – a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, com *caráter negativo*, não se insere no conceito de ativismo judicial. Diante disso, a atividade exercida pelo Judiciário e, em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, de invalidação de normas jurídicas, não desperta maior interesse ao presente estudo por não se enquadrar no conceito proposto de ativismo e pela discussão acerca de sua legitimidade estar superada[252].

Superada essa primeira discussão, a *interpretação* constitucional torna-se, então, o problema central do *judicial review*; nas discussões sobre a sua legitimidade, as controvérsias quanto à origem desse poder extraordinário cederam lugar aos debates sobre o método – será *jurídico* ou *político*? – de que se utiliza a jurisdição constitucional para dizer a *última palavra*

[250] No sentido da legitimidade do controle de constitucionalidade encontram-se Bianca Stamato (2005, *passim*), com aprofundada discussão sobre a legitimidade do controle; Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 385-440); Luís Roberto Barroso (2010, p. 15); Paulo Bonavides (2009, p. 296-343); Gilmar Mendes (MENDES *et al*., 2007, p. 949-981); entre diversos outros. Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 58) observa uma ampla da jurisdição constitucional nas sociedades democráticas. Lado oposto, questionando-a, ver, por todos, Habermas (2003, p. 297-354).

[251] Nesse sentido, William P. Marshall (2002) insere em seu conceito amplo de ativismo judicial, composto de sete espécies diferentes, a forma *contramajoritária*. Mark Tushnet (2007, p. 416-417) observa que P. Gewirtz e C. Golder, bem como L. Ringhand apresentam essa conotação ao ativismo judicial.

[252] Apesar de haver doutrinadores contrários a esta legitimidade, essa atividade é exercida praticamente no mundo ocidental inteiro (conforme destacado no item 3.1). Por isso, o destaque à superação da discussão.

sobre a constituição. (COELHO, 2001, p. 28-29)[253]. Em uma ou outra situação, a Constituição é aquilo que a jurisdição constitucional diz que ela é (MENDES *et al*., 2007, p. 131).

Acerca da relação do controle de constitucionalidade com o ativismo judicial, Elival da Sulva Ramos (2010, p. 33), destaca que é na jurisdição constitucional que a polêmica em torno do ativismo judicial se faz mais forte. Essa atividade tem métodos diferenciados de interpretação em relação à jurisdição ordinária. Nesta, via de regra, a legislação apresenta a solução abstrata para problemas jurídicos e, como dito, a subsunção resolve a maioria dos problemas; assim, o juiz tem o papel de "identificar a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida" (BARROSO, 2007, p. 25). Na jurisdição constitucional os métodos de interpretação são mais abrangentes e permitem uma solução mais elástica a partir da interpretação dos princípios constitucionais identificados pela Corte. Destarte, a identificação das diversas possibilidades decisórias emanadas dessa atividade mostra-se essencial à pesquisa do objeto.

Paolo Comanducci (2009, p. 86, grifo não original), observando as já citadas obras de Alexy (2008a), Dworkin (2002) e Zagrebelsky (2007), observa que para eles o neoconstitucionalismo "se mostra inclinado a entender que pode subsistir hoje uma *obrigação moral de obedecer* a Constituição e as leis que são conformes à Constituição. Como a Constituição de 1988, em última análise, é aquela que o Supremo Tribunal Federal diz que é, suas decisões ganham especial relevo no contexto atual, notadamente as decisões proferidas em controle concentrado que recebem maior atenção em face de seus efeitos abrangentes e vinculantes. Contudo, com a instituição das súmulas vinculantes com a possibilidade de dotar as posições reiteradas da Corte com os mesmos efeitos, o controle difuso também ascende no interesse da ciência jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, até pouco tempo atrás, adotava a *teoria da nulidade* em relação às leis declaradas inconstitucionais, sustentada pela quase totalidade dos constitucionalistas pátrios e por sua jurisprudência consolidada. Nesse sentido, Gilmar Mendes (MENDES *et al*., 2007, p. 1181) sustenta que "o dogma da nulidade da lei inconstitucional

[253] Defendendo a natureza política da jurisdição constitucional, ver Mauro Cappelletti (1961, *passim*); NUNES, Jorge Amaury Maia. *A ação declaratória de constitucionalidade*: eficácia erga omnes e efeito vinculante no direito brasileiro. Belém, 1994, mimio (*apud* NUNES, 2010, p. 132). Defendendo a natureza jurisdicional, ver MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os atores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p.795-797 (*apud* NUNES, 2010, p. 132).

pertence à tradição do Direito brasileiro". Mas ultimamente esta Corte iniciou o desenvolvimento de técnicas mais modernas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pela interpretação jurisprudencial da Constituição. Isso foi feito inicialmente copiando modelos alienígenas, notadamente alemães, mas aos poucos tem ocorrido um ajuste à realidade nacional.

O substrato legal para a grande maioria dessas novas técnicas é o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, *in verbis*:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha efi cácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Gilmar Mendes (MENDES *et al*., 2007, p. 1181) ressalta que resta notório "que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade". Para Inocêncio Mártires Coelho (MENDES *et al*., 2007, p. 130) essa lei, juntamente com a Lei nº 9.882/99 demonstra a concessão de uma prerrogativa evidentemente política ao Supremo Tribunal.

Ainda com base no conceito mais formal de nulidade o STF adota 1) a *declaração de nulidade total*, quando vislumbrado defeito *formal* da lei ou ato normativo, ou ainda quando o vício *material* macula todo o diploma normativo, é a atuação clássica como *legislador negativo*; 2) a *declaração de nulidade parcial*, quando, com base na teoria da divisibilidade da lei, partes autônomas do diploma podem subsistir e 3) a *declaração de nulidade parcial sem redução de text*o, que se limita "a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração de seu programa normativo" (*Idem*, p. 1186). As duas últimas são técnicas deferenciam o trabalho do legislador, pois têm foco na tentativa de salvar sua ação majoritariamente, mantendo parte da lei em vigor ou toda ela com exceção a uma determinada interpretação.

As novas técnicas de controle desenvolvidas são a) *interpretação conforme à Constituição*; b) *lei ainda constitucional*; c) *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*. Antes de analisá-las, uma premissa precisa ser posta: por todas elas serem proferidas em um ambiente recheado por princípios constitucionais, conforme destacado no item anterior,

há a possibilidade de existirem soluções com perfil aditivo, cuja análise da legitimidade somente se mostra caso a caso.

Com a *interpretação conforme à Constituição*, o Tribunal fixa ou delimita algum ou alguns sentidos normativos válidos para o texto da lei[254]. Outros sentidos passam a ser considerados inconstitucionais, restando ao diploma impugnado somente o(s) sentido(s) da interpretação que foi(ram) dada(s) pelo Supremo. Com origem no direito americano, a *interpretação conforme* levava inicialmente à declaração de constitucionalidade da lei, posteriormente, a partir de orientação firmada pelo Ministro Moreira Alves na Representação nº 1417, passou-se a pronunciá-la como uma declaração de inconstitucionalidade no juízo abstrato de normas, julgando procedente a ADI (MENDES *et al.*, 2007, p. 1189).

Segundo Gilmar Mendes (*Idem*, p. 1192), a jurisprudência do STF informa limites a essa interpretação, quais sejam, não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com a mudança radical da própria concepção original do legislador (ADI 2405, ADI 1344, ADI 3046). Essa advertência demonstra uma preocupação com o princípio majoritário e democrático. Portanto, caso exercida nos limites identificados por Gilmar Mendes, em termos de legitimidade, assemelhar-se-á à atuação como legislador negativo em relação aos sentidos que forem considerados não compatíveis com a Carta. Não gera, pois, maiores discussões em abstrato em relação a sua utilização.

Cumpre uma breve comparação com o sistema italiano. Segundo Riccardo Guastini (2009, p. 63-65, tradução nossa) a interpretação conforme resulta em duas espécies de decisão: *as interpretativas*, que visam à conservação da lei no ordenamento e as *manipuladoras* ou *normativas*, identificadas como aquelas em que o Tribunal não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas, mas "– comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo à Constituição". Estas se manifestam como *sentenças aditivas* – que são as que estendem a um grupo de pessoas, sob o argumento de igualdade, um benefício deferido na lei somente a outro grupo – ou como *sentenças substitutivas*

[254] Não se pode afirmar com segurança se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a *interpretação conforme à Constituição* há de ser, sempre, equiparada a uma *declaração de nulidade sem redução de texto* (MENDES *et al*., 2007, p. 1189). Todavia, os julgamentos das ADIs 491 e 319 parecem sinalizar para uma equiparação entre elas pelo Tribunal (*Idem*). Conceitualmente diferenças poderiam ser identificadas: neste se declara um sentido que seja inconstitucional, permanecendo todos os demais válidos; enquanto a interpretação conforme, pode ressaltar uma única interpretação que seja válida declarando todas as demais inconstitucionais.

– em que a Corte declara a inconstitucionalidade de uma dada disposição e em seu lugar introduz um novo entendimento (norma nova) (*Idem*, p. 65-66). As sentenças aditivas não são admitidas no Brasil. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige lei específica para a extensão de um benefício sob o argumento da igualdade[255]; enquanto as substitutivas não encontram precedentes na Corte.

A técnica da *lei ainda constitucional* informa que a lei está em processo de inconstitucionalização, há o "reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei" (*Idem*, p. 1194). O exemplo clássico é o HC 70514, em que a lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública foi declarada constitucional "ao menos até que a organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público", ou seja, enquanto este órgão não estivesse devidamente habilitado ou estruturado o prazo favorecido continuaria vigente. Essa é uma das "estratégias metajurídicas" citadas por Kommers (*apud* VALLE *et al*., 2009, p. 28) de que se vale a Corte Constitucional alemã em que há "transformação do tempo em seu aliado, postergando decisões nas disputas entre os principais órgãos constitucionais ou ainda aquelas". Técnica que se mostra coetânea com o princípio democrático, majoritário, principalmente se comparada com a simples declaração de nulidade da norma, além de permitir que a realidade seja levada em conta (pragmatismo jurídico ou consequencialismo) com o escopo de não perpetrar uma injustiça ainda maior que a lei.

Na *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, muito utilizada em 2007 nas questões dos Municípios criados sem a observância da norma constitucional, cuja nulidade das leis estaduais criadoras foi afastada, com fundamento na *teoria do fato consumado*. Esta técnica não é expressa em nenhum diploma normativo, é, pois, fruto da criação jurisprudencial. Coteja-se a *segurança jurídica* e a *teoria das nulidades*, utilizando a ponderação para enfrentar o conflito *in concreto* destes princípios. Se se verificar que a segurança jurídica é mais importante naquele caso concreto, pronuncia-se a inconstitucionalidade sem a nulidade do

[255] Nesse sentido, súmula 339 do STF (Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia), cuja compatibilidade com a Constituição vigente foi confirmada pelo RE 173252; o mesmo se aplica aos benefícios previdenciários, cuja necessidade de lei específica para sua extensão aos cidadãos não expressamente contidos na lei é frisada, conforme RE 204.193; AI 538673 AgR; RE 406710 ED; RE 354368; RE 247080; RE 204735; RE 205896; RE 205787 AgR, entre outros.

diploma; se, ao contrário, este princípio ceder ao da nulidade declara-se a inconstitucionalidade total ou parcial da norma.

Foi utilizada algumas vezes em 2007, nos casos identificados por Vanice do Valle e outros (2009, p. 113-122) com a rubrica "a força normativa dos fatos e o caso dos Municípios" (ADI 2240 e ADI 3489). Essa técnica também é uma das "estratégias metajurídicas" identificadas por Kommers, cujo escopo é a "construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes (*Idem*, p. 28). No conceito esboçado no presente estudo não se mostra uma decisão ativista, uma vez que não serviu para a regulação de condutas, nem tampouco atuou em políticas públicas. Não obstante, uma breve análise pode ser feita.

O art. 18, § 4º da CF/88 exige que a criação de Município se dê dentro do período determinado por lei complementar federal, a qual não existia (e ainda não existe) quando diversos Municípios foram criados por lei estadual. Este artigo tem o escopo de evitar a propagação de municipalidades sem a menor viabilidade de existência com um simples fim eleitoreiro. A referida lei complementar, entre outros, é um limite encontrado pelo Constituinte para evitar essa ocorrência. Há de se ressaltar que essas decisões tiveram o devido respeito à irreversibilidade (ou improbabilidade de reversão) de algumas situações fáticas, surtiram um importante efeito político no Congresso Nacional que, de pronto, aprovou Emenda Constitucional consolidando os Municípios já criados, além de sua repercussão ter servido profilaticamente para evitar novas inconstitucionalidades. Servem também como as "estratégias metajurídicas" (Kommers) que buscam como uma *sutil conciliação* entre o ativismo e a concretização dos direitos fundamentais É uma solução que merece ser elogiada.

3.4.1.4. Decisões em causas políticas

As Constituições contemporâneas desempenham um grande papel de disciplinar o poder político democrático, permitindo o desenvolvimento do governo da maioria, com a participação da minoria a alternância do poder (BARROSO, 2009a, p. 89-90). Nesse cenário, constitucionalizar "é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis" (BARROSO, 2010, p. 7-8). É o que Miguel Reale (2003,

p. 84) chamou de *jurisfação do poder*: "o poder se subordina ao direito no ato mesmo em que se decide por uma das soluções normativas possíveis".

Neal Tate (1995, p. 30) assevera que uma das possibilidades que identificam o fenômeno da *judicialização da política* refere-se à utilização do Judiciário pelas minorias parlamentares contra as maiorias, mostrando-se assim como um recurso próprio da política ou como armas da oposição no jogo político. W. A. Bogart (*in* TATE e VALLINDER, 1995, p. 117), por sua vez, ressalta que, ironicamente, são os vários grupos e indivíduos não contemplados nas reformas de viés social que aparentemente reivindicam mais a proteção dos Tribunais em face das insensíveis maiorias. Ou seja, alguns interesses de minorias (não políticas, mas sociais) são defendidos pela Justiça e não pelo sistema de representação democrática, no qual muitas vezes eles não têm voz. Então, "ironicamente", o Judiciário passa a ser um importante instrumento da democracia. Destarte, as minorias (sociais ou parlamentares) são tão importantes ao Estado pluralista que a Constituição reformada da Hungria da 1989 considera as minorias como "fator de formação do Estado" (HÄBERLE *in* VALADÉS, 2009, p. 35).

A doutrina americana das questões políticas assevera que o Judiciário não pode adentrar em esferas restritas à política; contudo, "ela não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de controle" (TRIBE *apud* CANOTILHO, 2003, p. 1309).

> Em primeiro ligar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça* ou *declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o problema *não reside em, através do controle constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da Constituição, a constitucionalidade da política*. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objeto, apreciar a constitucionalidade do 'político' (CANOTILHO, 2003, p. 1309).

Na medida em que o Poder Constituinte – que em 1988 foi expressão legítima das forças sociais (PILATTI, 2008, p. 1, nota 1) – estabelece *parâmetros mínimos* de controle do processo legislativo, ele está realizando uma opção de transferência do debate sobre estes parâmetros constitucionalizados – e tão somente sobre eles – para o Poder Judiciário (defensor da Constituição). As referências ao processo legislativo insculpidas na Constituição consubstanciam-se, pois, em seu *regramento mínimo*, o qual deve ser seguido sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, a *legitimidade* da utilização do Judiciário para a proteção das minorias parlamentares é retirada da própria *decisão constituinte*, desde que assentada no debate deste regramento mínimo inserido na Constituição. As questões *interna corporis* ficam, pois, alheias ao debate jurídico racional, cuja interpretação deve ficar no nível do diálogo político, plasmado na *vontade* e não na razão. Portanto, segundo os argumentos ora apresentados, a utilização do Poder Judiciário pelas minorias parlamentares ou sociais é *legítima* desde que se paute em parâmetros constitucionais. Assim, eventual atuação contra a maioria em defesa dos elementos sociais da Constituição "se dará a favor e não contra a democracia" (BARROSO, 2010, p. 15)[256].

Refere-se, pois, a um *contrapoder das minorias* em face das maiorias (GUASTINI, 2009, p. 71). Isso no Brasil é de extrema importância, uma vez que a sociedade nacional é notadamente pluralista e não hegemônica. Nesse cenário, há de se permitir uma força contrária às maiorias que eventualmente possam tender a sobrepor-se sobre as minorias, não só no âmbito das discussões parlamentares, mas também no que se referem às leis que possam ter esse condão. É assim que o Judiciário assume um importante papel *favorável à democracia*, segundo os ditames de sua concepção material onde "prepondera o conteúdo ético baseado na solidariedade e no desenvolvimento integral da comunidade política, assegurando a participação mais ampla possível à cidadania, quer seja no exercício do poder político, quer seja na distribuição das riquezas sociais" e cujo respeito às minorias é visível (FLEURY, 1997, p. 29).

É nessa medida que o Judiciário se transforma em "instância de avaliação *jurídico-política* da atividade legislativa", transformando-o em um defensor da própria democracia pluralista (MENDES *et al*., 2007, p. 134)[257]. Inocêncio Mártires Coelho (*Idem*) informa ainda um ângulo "repressivo ou inibidor de inconstitucionalidades" nessa atividade, pois

> mesmo que, na maioria das vezes, essas tentativas [ações judiciais dos derrotados no processo legislativo] se mostrem infrutíferas, até porque não é usual produzirem-se leis inconstitucionais, a simples possibilidade de se levar a matéria para um *segundo turno* de discussão e votação, fora da arena política, só essa possibilidade já impele o governo e a sua base parlamentar a negociar com as minorias.

[256] Na posição contrária à percepção do Judiciário como instância de proteção das minorias e de defesa das regras democráticas, ver Habermas (2003, p. 297-354). Barroso faz referência a essa concepção contrária nos estudos de Luciano da Ros. *Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição*: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre a judicialização da política com a aplicação do caso brasileiro contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, 31:86, 2007, p. 100-101.

[257] Sobre a tentativa de políticos tentarem transformar o Judiciário em segundo turno (ou até um terceiro turno) não do processo legislativo, mas do processo eleitoral, vide Reclamação nº 6777 (STF).

No Brasil, consoante já demonstrado, há participação efetiva do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade da atuando parlamentar segundo os *parâmetros constitucionais minimamente estabelecidos*, notadamente no *devido processo legislativo*. Com essa rubrica o Supremo Tribunal reconhece sua competência para conhecer a julgar mandado de segurança impetrado por parlamentar contra atos da mesa ou da presidência que impeçam ou limitem suas prerrogativas constitucionais[258]; sempre ressalvando as questões *interna corporis*, cuja análise não adentra. Destarte, o STF reconhece aos políticos um "direito público subjetivo à correta formação das espécies normativas"[259], tutelando o devido processo legislativo. Também assegura o "direito público subjetivo das minorias parlamentares"[260].

A ação deste Tribunal se dá de forma não interventiva, ou seja, com uma reserva quanto às questões *interna corporis*, somente adentrando no cenário político quando há afronta a normas constitucionais com razoável densidade normativa. Os diversos julgamentos que preservam os interesses das minorias parlamentares em face da Constituição[261], conforme anteriormente analisados, baseiam-se em normas constitucionais com densidade suficiente a garantir uma posição que não necessite sobreinterpretar a Carta; por isso, não são entendidas como ativistas. Assim se apresenta a jurisprudência da Corte.

Nesse quadro, somente se verifica ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal se os princípios constitucionais referentes ao processo legislativo ou ao processo eleitoral forem *sobreinterpretados*. É possível que se retirem princípios implícitos onde eles não se mostram claramente, aí estaria uma postura ativista da Corte. Cumpre destacar que os casos da *fidelidade partidária* (MS 26602, MS 26603, MS 26604) e do *nepotismo* (ADC 12 e súmula vinculante nº 13) são situações excepcionais – e por enquanto as únicas duas exceções – na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nestes casos o STF se portou de forma ativista, pois criou uma interpretação (antes inexistente) que teve *efeitos gerais* e *futuros*. No primeiro, o

[258] Nesse sentido estão os seguintes Mandados de Segurança: 22487, 22972, 23.565, 24041, entre outros (cujas ementas encontram-se no item 3.1).
[259] Nesse sentido, MS 22487.
[260] Entre os diversos precedentes é possível citar o controle realizado pelo Pretório Excelso nos casos de tentativa da maioria parlamentar barrar a constituição de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI pelas minorias (MS 26441, MS 26441, MS 24831).
[261] MS 22487, MS 22972, MS 23.565e MS 24041. Estes precedentes também demonstram que a atuação da Corte se dá em face de normas constitucionais densas e não extremamente abertas como a democracia.

Tribunal interpretou extensivamente (*sobreinterpretou*) o princípio da democracia de modo a conter nova hipótese de inelegibilidade. Note-se que as restrições à elegibilidade são hipóteses taxativas (*numerus clausus*). A situação de agrava ainda mais em face da premissa hermenêutica de que as normas restritivas de direitos são interpretadas restritivamente. No segundo, a Corte também *sobreinterpretou* a Constituição, mas em relação à moralidade administrativa e a impessoalidade, em situação menos ativista que a anterior. A legitimidade dessa atuação específica será analisada no item 3.4.2.

3.4.1.5. Decisões relacionadas às políticas públicas, aos direitos fundamentais prestacionais e às omissões inconstitucionais

Paulo Bonavides (2009, p. 388-390) apresenta a *crise de inconstitucionalidade* como a terceira crise do Estado Constitucional. A cultura política *tumultuada* ou da *panacéia constitucional* tem a crença de colocar formalmente direitos na Constituição pensando que isso resultaria na sua efetivação segundo os mecanismos governativos existentes. O que faz com que se chegue à inconstitucionalidade toda vez que não se consiga implementá-los; determinando "a inexequibilidade da Constituição" (*Idem*, p. 389). A crise de inconstitucionalidade surge quando "o constituinte já não sabe discernir entre o que deve ser e o que pode ser" (*Idem*). É então que a Constituição se submerge numa formalização de conteúdos materiais de cunho meramente programático.

A Constituição brasileira de 1988, para alguns não só prolixa mas casuística, sofre um pouco do mal da constitucionalização extremada de direitos que juntos tornam-se inexequíveis. Nesse sentido, a interpretação econômica do direito fornece algumas respostas. Flávio Galdino (2005, p. 215-238) demonstra que todos os direitos demandam custos financeiros para sua implementação, inclusive os direitos de caráter negativo; até mesmo a própria decisão judicial e o ato administrativo contêm custos para sua materialização. Assim, "todas as atividades administrativas possuem caráter prestacional, demandando agentes públicos e atos materiais que as corporifiquem, sendo inobjetável que todas elas implicam custos para a sociedade" (*Idem*, p. 217). Dessa forma, há uma *retórica* em torno da gratuidade dos direitos em geral – que não existe – em contrapartida dos custos existentes para a implantação dos direitos prestacionais de caráter

social (*Idem*, p. 325). O argumento do custo financeiro é válido, mas deve ser compatibilizado com outros critérios.

Sobre a compatibilidade dos direitos fundamentais com a democracia, Robert Alexy (2009, p. 37-38) em artigo contido na obra de Carbonell sobre o(s) neoconsttiucionalismo(s), assevera a existência três formas de contemplar a relação entre direitos fundamentais e democracia: uma *ingênua*, uma *idealista* e uma *realista*. A primeira prega que não existem conflitos entre os direitos fundamentais e democracia; podem-se ter ambas juntas sem limite algum. "Esta visão de mundo é demasiado bela para ser verdade" (*Idem*, p. 37). A *idealista* reconhece que entre os bens existe um conflito marcado pela limitação e escassez. De forma exagerada, informa que a reconciliação dos direitos fundamentais com a democracia não se observa desde logo nesse mundo, mas no ideal de uma sociedade bem ordenada. A *realista* pensa o mundo de forma concreta, para que se possa "atuar e não só sonhar", por isso se caracteriza por constatações opostas: os direitos fundamentais são profundamente democráticos – pois asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas graças à garantia dos direitos de liberdade e igualdade, capazes em geral por manter a estabilidade do procedimento democrático – e, ao mesmo tempo, profundamente antidemocráticos – porque desconfiam do procedimento democrático, submetendo inclusive o Legislativo. Uma posição que tende conciliar ambos é buscada adiante.

Os direitos fundamentais no Brasil, consoante a visão de Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 139-152) que se baseia nos quatro *status* de Jellinek, poderiam ser divididos em duas categorias *direitos de defesa* e *direitos à prestação*[262]. Os primeiros são os clássicos direitos liberais que impõem ao Estado um dever de abstenção, de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Visam à limitação da ação estatal e geram direito subjetivo em face de eventual agressão, ganhado acepções de "não-afetação dos bens protegidos" ou de "não-eliminação de posições jurídicas" (*Idem*, p. 141).

Os *direitos a prestação*, por seu turno, exigem um agir do Estado com o objetivo de atenuar desigualdades. São direitos de promoção que objetivam uma igualdade efetiva e solidária;

[262] Gonet Branco (2002, p. 151-152) ainda apresenta uma terceira categoria: os direitos de participação, referentes aos direitos políticos, os quais não serão considerados, diante da divergência doutrinária em aceitá-los como categoria apartada dos direitos de defesa ou dos direitos à prestação e da irrelevância para o objeto ora estudado.

são realizados por intermédio do Estado; buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo das liberdades. Exigem, pois, de uma prestação positiva que pode ser de natureza jurídica ou material. Os *direitos à prestação jurídica* consistem na "emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento" (*Idem*, p. 143). Há direitos fundamentais que não prescindem da criação, por lei, de estruturas organizacionais, como por exemplo o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII da CF/88) ou o direito à aposentadoria especial (art. 40, § 4.º da CF/88), os quais serão exercidos *nos termos da lei*.

Os *direitos à prestação material* ou *direitos à prestação em sentido estrito* são os direitos sociais por excelência "concebidos para atenuar desigualdades de fato na sociedade", que conferem uma utilizada concreta que se estenda a um maior número de indivíduos (BRANCO, 2002, p. 145). São os direitos à saúde, educação, trabalho, segurança, etc. (art. 6º da CF/88). Cumpre destacar que há diferenças relevantes quanto à estrutura dos enunciados que os consagram. Para Canotilho (2003, p. 408), nos *direitos sociais originários* [também direitos originários à prestação], "os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais"; enquanto os *direitos sociais derivados* [também direitos derivados à prestação] são reduzidos "ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das 'normas constitucionais sociais'", ou seja, dependem da intervenção legislativa para se tornarem exequíveis.

Os primeiros são os direitos sociais com *alta densidade normativa*, enquanto os segundos contêm *baixa densidade normativa* (BRANCO, 2002, p. 145-146). Dessa forma, a ciência jurídica tende a analisar as normas com baixa densidade normativa com uma programaticidade maior. A isso, Andreas Krell (2002, p. 54) contra-argumenta: "não podemos igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais, que se definem por condições e pressupostos econômicos bem diferenciados". Aí o argumento dos custos financeiros é utilizado com outro viés, qual seja o de não limitar a implementação de políticas públicas somente pelo critério da densificação da norma constitucional.

Segundo Gonet Branco (*Idem*, p. 146) os direitos prestacionais "têm a sua efetivação sujeita às condições, em cada momento histórico, da riqueza nacional". Em que pese correta a afirmação, todos os direitos (de defesa ou à prestação) demandam custos financeiros para a sua implementação, uns mais (estes) outros menos (aqueles), mas todos dependem de um fator

econômico (GALDINO, 2005, p. 215-238). Há de se considerar, contudo, que os custos de efetivação dos direitos de defesa já estão em sua maioria incorporados aos orçamentos estatais, os quais já destinam verbas para o aluguel da repartição, servidores, material de escritório, água, luz, etc. não exigindo maiores argumentos sobre os custos da implementação de um ato administrativo, por exemplo. Os custos dos direitos prestacionais surgem, com isso, como argumentos visíveis da impossibilidade de sua identificação como direito subjetivo público.

Inobstante a isso, Flávio Galdino (2005, p. 233-235) propõe a superação da ideia dos custos como óbices à realização dos direitos prestacionais, pois os custos não devem ser encarados como *meros óbices* à sua consecução, os quais apresentam historicamente a representação de um impedimento *ideológico*. O que usualmente frustra a implementação dos direitos sociais não é a exaustão orçamentária, "mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não gastar dinheiro com aquele[s] mesmo[s] 'direito'[s]" (*Idem*, p. 235).

Todavia, Canotilho (2003, p. 409), referindo-se à realidade lusa, aduz que as normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais "impõem *políticas públicas* socialmente ativas", impondo aos Poderes constituídos à criação de instituições (hospitais, escolas, etc.), serviços (segurança social, etc.) e fornecimento de prestações (rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações econômicas, etc.). Ao mesmo tempo, assevera Andreas Krell (2002, p. 52), a decisão sobre a disponibilidade dos recursos "estaria localizada no campo discricionário das decisões das decisões governamentais e dos parlamentos, através dos orçamentos públicos". É a famosa *liberdade de conformação*, que informa que os Poderes cujos membros são eleitos (Legislativo e Executivo) teriam a liberdade de escolher *como* e *quais* direitos realizar, pois seriam os verdadeiros representantes do povo.

É nesse contexto *retórico* – conforme expressão citada de Galdino – que se firma no País o princípio da *reserva do financeiramente possível*[263]. Andréas Krell (2002, p. 51-57), com argumentos que partem da apresentação de teorias alemãs, atravessam a realidade primeiro mundista e finalizam na demonstração da necessidade de nacionalmente se investir em políticas

[263] Sobre a importação sem critérios desse princípio da Alemanha para o Brasil, ver Andreas Krell (2002, p. 51-57) que ressalta a adoção de soluções estrangeiras nem sempre se mostram coerentes à realidade nacional. Até mesmo porque, no que se refere à realidade da Alemanha, Alexy (2008a, p. 500) assevera que "a Constituição alemã, com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa".

públicas que promovam a redução das desigualdades, informa "a falácia da 'reserva do possível': fruto de um direito constitucional comparado equivocado".

Enfrentados os argumentos da densidade normativa, dos custos e da reserva do possível, um outro ponto impende ser considerado, qual seja, afirmar a legitimidade do Judiciário para a implementação de toda e qualquer política pública em caso de omissão inconstitucional o transforma em verdadeiro órgão político, onipresente e onipotente: um *Superpoder*. O que é de todo indesejável. Antes de adentrar nesse ponto, preliminarmente os conceitos necessários ao objeto ora em análise: políticas públicas e omissão inconstitucional.

Políticas públicas, na visão de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241), são "programas de ação governamental visando a coordenar os meios a disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". Para Jean Carlos Dias (2003, p. 121), são "sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais baseadas na articulação entre sociedade, o próprio Estado e o mercado". José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 109) aduz que elas relacionam-se, "sem sombra de dúvidas, com o sistema das *instituições políticas* e das *instituições administrativas*". São, pois, afetas à *política* e não ao *Judiciário*. Em que pese a refutação dos argumentos contrários anteriormente expostos, essa realidade não pode ser eliminada no enfrentamento da questão.

Sobre o tema, Canotilho (2003, p. 338) traz à baila o *princípio da democracia econômica, social e cultural*, cuja sujeição passiva é dos Poderes Legislativo e Executivo, no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e *social* de modo a buscar a evolução da sociedade democrática, que se caracteriza por *um mandamento constitucional juridicamente vinculante* que "limita a discricionariedade legislativa quanto ao 'se' de sua atuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao 'como' da sua concretização". As políticas públicas são afetas à política, por isso existe uma *liberdade* (política) do legislador poder escolher a melhor forma de implementá-los, a qual ganhando ares de perenidade transformam-se em omissões contrárias à constituição.

No outro lado, *omissão legislativa inconstitucional* ocorre "sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever de concretizar imposições constitucionais concretas" (KRELL, 2002, p. 86). Como dito, as normas constitucionais que estabelecem direitos

prestacionais *impõem* a realização de políticas públicas. Algumas dessas normas contêm programas para o futuro – como o art. 6º da Constituição Federal –, não são, contudo, normas simplesmente programáticas[264], pois podem resultar na inconstitucionalidade quando a liberdade de conformação se transformar em pura omissão. Aí surge a questão: como compatibilizar essas duas realidades? Antes um alerta: o tema não é nada pacífico. Marcelo Rebello Pinheiro (2008, p. 142) informa que há profundas divergências sobre o assunto no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Para Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 346), *não existe uma liberdade de não normatização* pelo legislador dos direitos fundamentais, aí incluídos os sociais. Inocêncio Coelho (2002, p. 97) assevera que o silêncio do legislador "confere legitimidade à compreensão normativa de juízes e tribunais". No caso de omissão, "não pode o Judiciário negar-lhe a tutela [dos direitos prestacionais], quando requerida, sob o argumento de ser um direito não exigível" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 298). Marcelo Rebello Pinheiro (2008, p. 148) aduz que o judiciário não deve ser o protagonista na formulação de direitos fundamentais sociais, nem tampouco ficar na platéia a assistir o negligenciamento dos demais Poderes, por isso é preciso encontrar um ponto de equilíbrio. Na lição de Américo Bedê Freire Júnior (2004), "o legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição, o Juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição".

Em relação aos *direitos prestacionais*, há casos em que o Legislador nitidamente ultrapassa os limites a *liberdade de conformação* e passa de uma situação de conformidade com a Constituição para uma outra de *inconstitucionalidade por omissão*. Nesses casos, algumas soluções são informadas por Canotilho (2003, p. 343) com base em seu sistema constitucional: 1) em se tratando de *arbitrária inatividade do legislador* (inconstitucionalidade por omissão), os cidadãos podem se dirigir ao Judiciário a fim de obterem uma *recomendação* ao legislador para que concretize a *imposição constitucional de legislar*; 2) no caso de "particulares situações sociais de necessidade, justificadores de uma imediata pretensão dos cidadãos a partir do princípio da defesa de condições mínimas de existência" [no Brasil, mínimo existencial], inerente

[264] Sobre essa realidade, ver artigo anterior de nossa autoria intitulado *A releitura do conceito de normas constitucionais programáticas à luz do princípio da máxima efetividade da Constituição* (no prelo). Vide também o já clássico estudo de Virgílio Afonso Silva (2010) intitulado *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* publicado pela editora Malheiros; informação já consignada em nota anterior

à dignidade da pessoa humana, seria possível o deferimento de ordem judicial concreta; 3) no caso "do legislador intervir restritivamente na legislação social existente sacrificando o mínimo de existência do cidadão", caso em que a ação legislativa daria espaço a uma pretensão jurídica subjetiva às pessoas afetadas [no Brasil, proibição do retrocesso]. Adiante, uma solução diferenciada ora proposta.

Robert Alexy (2008a, p. 511) aduz sobre os direitos fundamentais sociais que "a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar", pois a todos os direitos sociais são conferidas posições tão importantes quanto a que informa a liberdade de conformação. Lembre-se que para o autor todos os princípios constitucionais são relativos e em sua aplicação concreta precisam ser ponderados (sopesados) com os demais. Da mesma forma, Figueroa (2009a, p. 119-131) afirma a *derrotabilidade* (relatividade) dos princípios constitucionais com vistas a compatibilizar a concreção constitucional com os ideais também constitucionais. Assim, a situação ficaria: de um lado, democracia, a separação de poderes e a liberdade de conformação e, de outro, o direito social posto. É isso que precisa ser ponderado por *todos*[265] os órgãos do Judiciário.

Sérgio Fernando Moro (2001, p. 84) dispõe que, se é certo que a Constituição brasileira não autoriza expressamente o juiz eventualmente a suprir eventual omissão legislativa, não é menos certo que também não proíbe expressamente tal atividade. Há de se discordar em parte com a primeira premissa, pois a Constituição proveu o Judiciário expressamente com dois instrumentos processuais capazes de suprir omissões inconstitucionais, um com efeitos *interpartes*, responsável a sanar omissão específica que impeça o gozo de um direito subjetivo – o *mandado de injunção* – e outro com efeitos *erga omnes*, capaz de discutir em abstrato alguma omissão – a *ação direita da inconstitucionalidade por omissão*. Assim, a Constituição autoriza expressamente aos juízes suprirem as omissões legislativas[266]. Ainda resta responder a pergunta colocada.

---

[265] *Todas* as instâncias do Judiciário nacional vivem situações que dizem respeito à judicialização das políticas públicas, sobretudo de saúde. Muitas na verdade vivem abarrotadas delas.

[266] Nesse sentido encontra-se a posição atual do STF: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a

Diante de tudo o que foi exposto, em face da liberdade de conformação, da democracia e da separação de poderes, constata-se que, em regra, não há legitimidade para a atuação judicial em políticas públicas; só *excepcionalmente* essa situação pode ser permitida. Assim, uma ação judicial legítima na realização de políticas públicas só ocorre, *se e somente se*, 1) tratar-se de *necessidade de sobrevivência* ou *existencial mínima* da pessoa humana; 2) for verificada uma *omissão inconstitucional flagrante* dos Poderes Executivo e Legislativo; *porém, em ambas as hipóteses, desde que, de alguma forma mesmo que diferida, a questão seja tratada com um olhar geral*. Nessa linha, Marcelo Rebello Pinheiro (2008, p. 136 e 148) diz que, embora o Judiciário deva ter um papel subsidiário, "diante da não realização dos direitos sociais prestacionais pelos Poderes Políticos (Executivo e Legislativo), será cabível, então, ao Judiciário determinar a sua concreção".

O critério para a aferição da *inconstitucionalidade omissiva flagrante* depende da ponderação de princípios que se coloque, não há como se estabelecer abstratamente uma forma de identificação conceitual. Há de se ter o cuidado, contudo, para não entender que a simples liberdade de conformação é uma omissão inconstitucional, uma vez que existem zonas de penumbra entre uma e outra. A identificação entre uma e outra depende dos dados existentes e da argumentação jurídica sobre eles.

Um bom exemplo da ação judicial ativista e, ao mesmo tempo, legítima foi o caso *TAC (Treatment Action Campaign) X Minister of Helth* (citado no item 3.3.3), julgado pela Suprema Corte sul-africana, em que a real necessidade de implementação de uma política pública eficaz na profilaxia do contágio com o vírus HIV demonstrou sua flagrância. Outro bom exemplo emanado deste Tribunal que também apresentou uma omissão notória foi o caso *Grootbromm*, desta vez a atuação judicial, menos ativista, também se legitima pelo mesmo motivo.

Apesar de não se formular um conceito abstrato, exemplos hipotéticos dessa omissão podem ser postos: um Município de tamanho médio em que não exista nenhum abrigo público para indigentes; ou ainda quando o Ministério Público conseguir provar *numericamente* que a

---

implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. *É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes*. 3. Agravo regimental improvido. (AI 734487 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-06 PP-01220) (grifo não original).

inexistência de vagas (leitos) no sistema de saúde cause um prejuízo mensal (em demandas individuais de UTIs) de verba suficiente para construir em um ano leitos suficientes para resolver todo o déficit de vagas; ou o caso de um Município que tenha somente uma escola em um lado da cidade, obrigando centenas de crianças que vivem do outro lado a ficarem fora das aulas, diante da dificuldade de transporte e os noticiários divulguem a aprovação de verba suficiente para a construção de uma nova residência oficial para o Prefeito.

A segunda situação permite duas atuações: 1) condições de *sobrevivência da pessoa humana* – ninguém deseja que uma pessoa que precise urgente de UTI ou de um determinado medicamento perca a vida em face da burocracia estatal; ou 2) *condições mínimas de existência* – teoria do mínimo existencial – como o deferimento de vaga em abrigo público ou de alimento em um restaurante comunitário a quem comprove não ter condições para tanto.

Contudo, se propõe uma ***obrigação acessória*** aos magistrados que, em face da omissão flagrante ou da dignidade humana, precisem se adentrar em seara que em condições de normalidade não poderiam, qual seja, *oficiar o Ministério Público* informando sobre a medida imposta. Porque isso? Em face do *real* problema causado pelas diversas ações que deferem medicamentos e internação em UTIs particulares, conforme alguns dados coletados por Ana Carolina Izidório Daves (2008, p. 118): o Estado de São Paulo, em 2008, gastava R$ 400.000.000,00 em ações judiciais para a concessão de medicamentos para atender 25.000 pessoas; enquanto o gasto, levando-se em conta somente a dispensação administrativa (sem ação judicial), é de R$ 830.000.000,00 para atender 380.000 pacientes. Discrepância assustadora quando é observada a partir de um olhar global.

Some-se a isso, mais um dado, que embora não coletado decorre de observações empíricas: as ordens judiciais para a compra de medicamentos normalmente impõem a *dispensa de licitação* em decorrência da ordem judicial, o mesmo ocorre para o direcionamento do doente grave para a UTI de um hospital particular. Assim, verdadeiras *máfias* são criadas no interior de muitas Secretarias de Saúde por todo o Brasil para a compra superfaturada desses medicamentos, ou para que o doente seja preferencialmente levado para um determinado hospital. Outro ponto, quanto o paciente morre antes de utilizar o medicamento, para onde vai o remédio de alto custo que foi comprado em razão da liminar? Muitas vezes eles desaparecem. Fatos que são flagrantes

afrontas à moralidade administrativa, à igualdade promovida pela licitação e ao Erário. Tudo isso, causado não em decorrência de uma ação, mas do *volume global*.

Não que se proponha que pessoas devam perder a vida ou a saúde por isso, mas um simples ato dos magistrados pode mudar esse quadro. Se todos os juízes que defiram os medicamentos/internações se comprometerem com essa obrigação, em um curto espaço de tempo, será possível que o Ministério Público possa reunir esses dados em uma ação civil pública contra os detentores do Poder se se verificar que as demandas poderiam ou podem ser evitadas, além de permitir uma fiscalização mais próxima das referidas compras emergenciais. Dessa forma, o que se buscará é realizar a Constituição que, segundo Canotilho (2003, p. 1200), "significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais", compatibilizando-a com a preservação dos demais princípios em tela.

Além disso, nas demandas subjetivas ou objetivas que identifiquem uma omissão inconstitucional que não se mostre flagrante ao ponto de tutelar a atuação judicial efetiva – ou seja, que se caracterize como uma simples inércia do legislador situada em uma zona de penumbra entre a liberdade de conformação e a omissão flagrante –, o deferimento de ordem com prazo para o suprimento da omissão é relevante. Nesse sentido, Andreas Krell (2002, p. 87), com apoio em constatações de José Eduardo Faria, assevera que é incontestável o "valor político da decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais; essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade".

Essa técnica, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal antes de 2007, se insere no que Donald Kommers (*apud* VALLE *et al*., 2009, p. 28), em relação ao direito alemão chamou de *provimentos de cunho admonitório*, "em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa". Essa solução demonstra um "diálogo institucional" que permite a evolução constitucional, "sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes" (VALLE *et al*., 2009, p. 28). Nada impede que, como será visto, permanecendo a omissão o Tribunal adote outras soluções com vistas a resolver a inconstitucionalidade.

Noutro giro, referindo-se especificamente às políticas públicas de saúde (tratamentos médicos e medicamentos), conforme lembrou Marcelo de Melo Castro (2011, p.), recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma série agravos regimentais em suspensões de segurança, suspensões de tutela antecipada e suspensão de liminar, parecem sinalizar para alguns parâmetros (Suspensões de Tutela Antecipada nº 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança nº 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar nº 47). O grande problema "a ser enfrentado pela sociedade como um todo, máxime pelo Poder Judiciário, é a criação de um norte claro e seguro para que se delimite em que situações deve haver a intervenção judicial para determinar o fornecimento de medicamento e tratamento médico" (*Idem*).

A noticia do julgamento foi disponibilizada no site da Corte e destaca-se alguns pontos importantes:

> a) "Após ouvir os depoimentos prestados por representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, isso porque na maioria dos casos a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à produção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas", sublinhou.
>
> b) Mendes diferenciou, por exemplo, tratamentos puramente experimentais daqueles já reconhecidos, mas não testados pelo sistema de saúde brasileiro. No caso daqueles, ele foi enfático em dizer que o Estado não pode ser condenado a fornecê-los;
>
> c) "Quanto aos novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na audiência pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa", citou, lembrando que a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, como resultado disso, pacientes do SUS podem ser excluídos de tratamentos já oferecidos há tempos pela iniciativa privada.

Analisando os julgados, Marcelo Castro (2011, p.) finaliza da seguinte forma: "pode-se concluir que o poder público não pode ser condenado a fornecer tratamentos [tratamentos médicos e medicamentos] não testados pelo sistema de saúde brasileiro".

Saindo de questões específicas e referindo-se aos aspectos gerais do problema seguem três rápidas considerações: primeiro, o Judiciário não tem legitimidade para "a realocação de verbas públicas para outras finalidades", pode, excepcionalmente, promover uma despesa por meio de decisão judicial, mas não remanejar o orçamento (PINHEIRO, 2008, p. 154). Segundo,

mesmo nos casos em que haja alguma legitimidade para a intervenção judicial, ela deve ser realizada "sem imiscuir-se nas matérias *sensíveis à escolha*, vale dizer, em planos ou programas governamentais, por exemplo, cuja conveniência e oportunidade, estritamente consideradas, apenas o parlamento e o Executivo têm condições de avaliar" (MENDES *et al*., 2007, p. 135). Assim, não é a má gestão de uma política pública que permite a atuação judicial, mas a ausência delas. Nesse sentido, segundo Fernando Herren Aguillar (1999, p. 263), não é provável que se consiga provar em juízo políticas públicas deficitárias o que demonstra dificuldades de aferição judicial desse fato. Somente em situações extremas isso seria possível, permitindo que o princípio democrático sofra temperamentos (PINHEIRO, 2008, p. 147). A esse ponto acrescenta-se que a ausência de políticas públicas se prova facilmente. Terceiro, com apoio em Cristina Queiros, Marcelo Rebello Pinheiro (2008, p. 143) apresenta um limite importante, trata-se de um *controle de evidência*, já expressado pelo Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 50, 290, 333), o qual refere-se à necessidade de *prova* robusta da omissão ou imperfeição da política pública.

Como informado, os mandados de injunção e as ações objetivas omissivas tem o condão de legitimar o Judiciário a suprir a omissão até mesmo com o perfil aditivo. Nesse sentido, Jorge Amaury Nunes (2010, p. 64) ao informar a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal exercer o papel de legislador positivo excetua "as situações especificamente admitidas para o uso do mandado de injunção". Dessa forma, aceita a legitimidade da atuação ativa do Judiciário nesses casos.

Antes de finalizar, é possível um breve olhar para a jurisprudência sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal, em 2007, alterou sua jurisprudência sobre a natureza do mandado de injunção, saindo de uma postura não concretista para uma postura concretista individual (de natureza mandamental). Sobre o tema assim nos pronunciamos em obra anterior:

> O Pretório Excelso, por forte influência do pensamento progressista do M. Gilmar Mendes, modificou diametralmente seu posicionamento anterior de dar eficácia não-concretista ao MI Somente era declarado o direito do cidadão e dada ciência ao Poder omisso, decisão sem qualquer eficácia prática.
>
> *Na nova posição adotada, muito mais efetiva, o Tribunal oscila entre a eficácia concretista individual intermediária, fixando prazo para o suprimento da omissão, e a concretista individual direta, com sentenças mandamentais, conforme o caso em comento. Há ainda mais uma eficácia para o MI, a concretista geral que concede o direito erga omnes, não adotada pelo Supremo.* (FERNANDES e CAVALCANTI, 2009, p. 363).

Nessa concepção, entendeu que houve omissão inconstitucional e determinou que, independente de intervenção legislativa, os particulares pudessem gozar dos seguintes direitos (que exigiam prestações positivas do legislador às normas de procedimento): *aposentadoria especial*, nos termos do art. 40, § 4.º da CF/88 (STF, MI 758), *direito de greve dos servidores públicos*, por força do art. 37, VII da CF/88 (STF, MI 670, MI 708, MI 712), *aviso prévio proporcional*[267]. Frise-se que esta alteração de posição para uma postura mais ativa surgiu após o Tribunal ter deferido ordem para que o Legislativo suprisse a mora em que se encontrava, em inúmeros mandados de injunção, repetidas vezes em relação ao mesmo objeto (VALLE *et al*., 2009, p. 31, nota 49). No MI 670, esse foi o argumento principal para a concessão do efeito individual concreto; daí retira-se sua legitimidade.

No que se refere aos direitos à prestação material, alguns precedentes ilustram a posição do Judiciário: no Supremo Tribunal Federal[268] e no Superior Tribunal de Justiça[269], os quais

[267] No mandado de injunção nº 695, com esse objeto, o Ministro Sepúlveda Pertence (relator), informou que "seria talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto à natureza e eficácia do mandado de injunção, nos moldes do que se desenha no MI 670 (Inf/STF 430), se não fora o pedido inicial", o qual pedia a procedência para que se declarasse a mora legislativa.

[268] EMENTA: (...) POLÍTICAS PÚBLICAS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. (...) II - *Admite-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública. Precedentes*. (...) (AI 664053 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-06 PP-01282) (grifos não originais)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) (...) Embora resida, *primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas*, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que *em bases excepcionais*, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300) (grifos não originais).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. *NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO*. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. *A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o*

estabeleceram em alguns julgados o critério da alta densidade normativa e da efetividade constitucional para legitimar sua atuação.

Então, na visão do Judiciário, há legitimidade de sua atuação nos casos de omissão flagrante do legislador em concretizar um direito fundamental que exija prestação de natureza procedimental (fixação de regras próprias para seu exercício), ou que se refira à prestação de natureza material diante da existência de densidade normativa suficiente no enunciado da norma constitucional.

Quanto ao *ativismo judicial*, o tratamento de políticas públicas pelo Judiciário é, conforme delimitado em seu próprio conceito, uma de suas formas de expressão. Destarte, em todos os precedentes citados, houve ativismo judicial, o qual foi perpetrado no entender desse estudo com *legitimidade*[270], em face da flagrância da omissão inconstitucional. Assim, os canais judiciários funcionam como um canal *supletivo* e *suplementar* aos políticos, com possibilidade de alargar as respostas sem impregnar excessivamente a máquina política (FERRARESE, 2010, p. 1).

O caso *TAC (Treatment Action Campaign) X Minister of Helth*, julgado em 2002 pela Suprema Corte sul-africana, citado no item 3.3, em que houve deferimento de ordem para que o

---

quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3768, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096) (grifos nossos).

[269] EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. (...) *NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA.* EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. (...) Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. *O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever,* indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. (...) (REsp 575.280/SP, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 228). Grifos nossos.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. *Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo*, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. 3. *O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.* (...) (REsp 429.570/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 22/03/2004 p. 277) (grifos nossos).

[270] Desse modo, firma-se a posição teórica de que é possível uma postura ativista ser legítima.

governo implemente de forma efetiva a prevenção do contágio de crianças cujas mães são portadoras do vírus HIV, mostra-se como um bom exemplo de situações ativistas cuja legitimidade é nítida. Exemplos que podem e devem ser seguidos no Brasil, sempre que a gravidade da situação assim exigir.

Então, a tarefa do Judiciário é identificar com *bom senso* e *cautela* quais e em que condições são os direitos realizáveis por meio de decisão judicial e quais são dependentes de concreção pelo legislador (liberdade de conformação). Lembrando-se de uma postura autolimitativa para que o próprio Poder controle o *poder*, evitando-se que se torne um *Superpoder*; "nem o *protagonismo* irresponsável, nem o *alheiamento* apassivador, porque um e outro não se compadecem com o princípio da lealdade constitucional" (MENDES *et al*., 2007, p. 135).

3.4.1.6. Súmulas vinculantes

O tema das súmulas vinculantes[271], apesar de instigador, não permite uma verticalização na presente pesquisa em face da almejada objetividade científica. Em breves linhas, alguns aspectos essenciais ao objeto pesquisado serão ressaltados. Foi a Reforma do Judiciário (EC n. 45/04) que introduziu as súmulas vinculantes no ordenamento jurídico, não sem muita discussão e divergência doutrinária. Jorge Amaury Nunes (2010, p. 102) lembra que em dois momentos a discussão doutrinária relativa ao efeito vinculante tomou corpo; com o advento da EC n. 3/93 e "durante os longos anos de maturação da proposta de Reforma do Poder Judiciário". Os argumentos contrários foram sintetizados pelo autor como a possibilidade (*i*) de representar o exercício de atividade legislativa por parte do Judiciário, com possível violação do princípio da separação de poderes e (*ii*) de imobilizar o poder inovador da jurisprudência, gerando uma grave limitação à liberdade do magistrado.

O primeiro argumento pode ser afastado com a constatação que mesmo nas teorias de Montesquieu "jamais se preconizou uma separação absoluta entre os poderes", ele conhecia o

[271] Esse tema foi aprofundadamente tratado por Jorge Amaury Maia Nunes (2010, *passim*) em sua tese de doutoramento pela USP, publicado com o título *Segurança jurídica e súmula vinculante* pela editora Saraiva. Em trabalho anterior, manifestamo-nos sobre o tema em forma de comentários aos artigos constitucionais e à Lei nº 11.417/06 que a regulamenta, o qual foi publicado com o título *Súmula vinculante* como capítulo do livro Direito Constitucional (Série Advocacia Pública) publicado pela editora Método em 2010.

sistema de freios recíprocos (*Idem*). As súmulas vinculantes não alteram o objeto das decisões do Supremo Tribunal Federal que lhe deram causa, o qual é restrito à interpretação e aplicação de normas constitucionais e infraconstitucionais, estas no que se referem a sua compatibilidade com a Constituição. Em contrapartida, sua aprovação decorre de ato novo, distinto dos julgamentos que lhe deram causa. Independentemente da *natureza jurídica* que se pretenda que tenham: ato jurisdicional, ato legislativo ou ato político[272], há de se refutar a primeira crítica ao argumento da legitimidade do Poder Constituinte derivado reformador (EC 45/04) que a introduziu no ordenamento. Como as funções atípicas são determinadas pelo constituinte como exceções legítimas à separação de poderes – como as medidas provisórias, por exemplo –, tanto entendida como ato legislativo quanto como ato político em face do respaldo constituinte sua emissão pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se legítima, mesmo com a finalidade regulatória geral e futura.

O segundo argumento é rebatido por meio da comparação com o *stare decisis* (precedentes com certa força vinculante) do *commom law* que não engessam o sistema, mas dão um mínimo de previsibilidade às decisões judiciais com ganho em segurança jurídica. Acrescentamos que o art. 2º, § 3º da Lei 11.417/06 prevê o procedimento de cancelamento ou modificação das súmulas vinculantes, o que demonstra a mobilidade do sistema em relação à mutação constitucional. Jorge Amaury Nunes (*Idem*) ainda assevera que "parece assentado na doutrina norte-americana do séc. XX que umas das grandes vantagens, se não a maior delas, da utilização da técnica do precedente obrigatório é a segurança para as relações jurídicas que decorre da previsibilidade de sua aplicação".

Assim, as súmulas vinculantes não se encaixam no conceito de ativismo judicial, uma vez que regulam de forma geral e futura os fatos da vida por força de expressa previsão constitucional (exceção permissiva de atividade atípica pelo Poder). Ou seja, impõem efeitos *erga omnes* e vinculante como as ações concentradas e, da mesma forma que elas, sua simples utilização não importa em ativismo. O que importa é a discussão e o enquadramento dos precedentes que lhe deram sustentação como ativistas ou não.

[272] Há divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da súmula vinculante; para alguns, como Jorge Miranda, Mônica Sifuentes, Barbosa de Melo, José de Oliveira Ascensão sua natureza é de *ato jurisdicional*; para outros, como Castanheira Neves, é de *ato legislativo* e para uma outra corrente, defendida por Jorge Amaury Maia Nunes, é de *ato político* (NUNES, 2010, p. 129-136). Prefere-se esta última corrente, pois a referida súmula se propõe a regular de forma geral e futura os fatos da vida, sem se confundir com ato legislativo.

3.4.2. A crise legislativa e os vácuos de poder

As *causas* para o ativismo judicial, não restritas ao ambiente nacional, são identificadas por Evandro Gueiros Leite (2008, p. 5-6) como: 1) o "incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para balanceamento do sistema"; 2) a insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder; 3) a evolução social, política e cultural dos tempos atuais. No mesmo sentido, referindo-se de forma geral ao ambiente europeu, são as constatações de Maria Rosaria Ferrarese (2010, p. 1, tradução nossa), no sentido de que o crescimento do relevo da jurisdição nas democracias atuais demonstra um processo de compensação a uma incapacidade das organizações políticas de fornecerem respostas satisfatórias às questões sempre mais complexas, mutáveis, múltiplas e diferenciadas postas pelas sociedades.

No País, atualmente verifica-se a "retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade"; crise que resulta em um vácuo de poder fruto da dificuldade do Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar (BARROSO, 2010, p. 35). Ana Cândida Cunha Ferraz e Fernanda Almeida (2009, p. 63), por seu turno, visualizam uma "crise ética sem precedentes que conhecendo a representação política" e um desinteresse da sociedade brasileira para os negócios públicos. Vanice Regina do Valle e outros (2009, p. 31, nota 49) identificam, também internamente, que "os impasses verificados especialmente no parlamento, em relação à disciplina de temas cogitados pela Constituição, mas ainda sem a indispensável concretização legislativa, têm empurrado o STF a um posicionamento mais ativo". Carlos Dieder Reverbel (2009, p. 8), após informar que, em sua visão, o ativismo judicial resume-se à atividade do juiz na seara política, onde resolve problemas políticos por critérios jurídicos, aponta algumas de suas causas: "desprestígio da lei, ineficiência política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos...".

Para Jorge Amaury Nunes (2010, p. 64), ainda que se possa identificar um elevado grau de abulia no Congresso Nacional em relação aos misteres que lhe são próprios, daí não resulta que o Supremo Tribunal Federal possa avançar no vácuo de poder e instalar-se como novel legislador. Todavia, é possível discordar em parte desse argumento. As situações de vácuo de poder *não legitimam* a incursão judicial na competência legislativa em face da delimitação

constitucional expressa das competências atípicas que lhe são permitidas, entre as quais são expressas as *ações omissivas* (instrumentos) e das *súmulas vinculantes*[273]. Porém, há casos concretos em que a omissão inconstitucional pronunciada não chega ao Supremo Tribunal Federal, ou a outros órgãos judiciais, por meio dos referidos instrumentos[274]; nesses casos, em face de uma *omissão flagrante* ou de desrespeito à *necessidade de sobrevivência* ou *existencial mínima* da pessoa humana, permitiriam o cumprimento das respectivas normas constitucionais. O fundamento para tanto se encontra *nas próprias normas inadimplidas* e na *teoria dos poderes implícitos*[275], sendo possível *derrotar* em concreto os princípios da separação de poderes e da democracia em prol de um ideal constitucional.

Então, surge a questão: o que fazer diante da *crise legislativa* e do *vácuo de poder*? Para Canotilho (2003, p. 587), "um Poder Judiciário ativo [...] se transformou através da *Supreme Court* [americana] e do instituto do *judicial review* num importante contrapoder em momentos históricos importantes como nos casos do *New Deal* (1936-1953), igualdade racial (1954), direitos das mulheres (1965) e recusa de 'privilégio' do executivo (1974)". Exemplos sadios como estes podem ser visualizados em democracias recentes como a África do Sul e Índia[276].

Todavia, a história também demonstrou, na Índia e nos Estados Unidos, por exemplo, decisões ativistas ruins para o sistema. Lembre-se ainda que o Judiciário não tem seus membros eleitos e, por isso, carece de representatividade democrática. Acrescentem-se as críticas de Habermas (2003, p. 297-354) nesse sentido. Some-se que os magistrados são normalmente representantes das elites nacionais[277]. E, por fim, que o impulso natural do poder é a expansão (GINSBURG *apud* BARROSO, 2010, p. 35).

Tudo isso, mostra alertas em ambos os pólos opostos. Então, mais uma vez a investigação conclui que o radicalismo de ambas as posturas pode ser prejudicial; há de se ter uma posição eclética entre elas no sentido de que a crise legislativa nacional e os vácuos de poder

[273] Independentemente da natureza jurídica que se lhe confira, há um caráter geral e futuro nelas imbutidas.
[274] Instrumentalizados por mandados de segurança, ações autônomas, ações civis públicas, recursos excepcionais (especial e extraordinário), etc.
[275] O enfrentamento dessa teoria com o viés de poder, em casos excepcionais, mitigar a aplicação dos referidos princípios foi realizado no item 1.2.
[276] Conforme item 3.3.1 e 3.3.2.
[277] Notadamente em face do rigor dos estudos exigidos para a aprovação nos concursos públicos (regra geral de ingresso), conjugada com a baixa qualidade do ensino médio público e com a pouca presença das classes menos favorecidas nas universidades públicas, cuja simples observação empírica permite concluir. As pesquisas de Daniel Barile Silveira (2006) comprovam a composição elitista do Judiciário em períodos históricos anteriores.

dela decorrentes, somente poderiam autorizar alguma intromissão do Judiciário em casos extremados.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 35-36) identifica duas decisões demonstrativas de uma atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal em processo de expansão decorrente do vácuo de poder que se abre com a crise legislativa: *fidelidade partidária* (MS 26602, MS 26603, MS 26604) e *nepotismo* (ADC 12 e súmula vinculante nº 13). No primeiro caso, o Pretório Excelso criou, por interpretação do princípio democrático, uma *nova hipótese* de perda do mandado parlamentar. No segundo, por interpretação dos princípios da moralidade e impessoalidade, cria vedação a essa prática nos três Poderes. São exemplos nítidos de ativismo judicial que, em que pese terem sido, no entender desse estudo, compatíveis com os anseios da população[278] – *ideal constitucional* (Figueroa) – devem ser vistos com cautela, pois existe o risco dessas boas decisões transformarem-se em decisões elitistas que buscam somente a expansão do poder. Somente em *casos excepcionais* (situações extremadas), como parecem ter sido os casos, é que essa postura ativista poderia ser perpetrada.

Sobretudo nesses casos em que há, em certa medida, a *derrotabilidade* (mitigação em concreto) dos princípios da separação de poderes e da democracia em sua concepção tradicional, o Pretório Excelso *deve* apresentar no contexto de sua argumentação jurídica (votos), não somente o destrinchamento de princípios constitucionais (democracia, moralidade e impessoalidade) – de onde retira a nova interpretação ou os princípios implícitos antes não encontrados –, mas também os *motivos excepcionais* que demonstram a necessidade de uma *sobreinterpretação* da Constituição. O que não foi feito nos casos em tela[279].

Somente assim abre-se espaço para que o parlamento supere a profunda crise em que se encontra. Uma atitude "paternalista" do Judiciário, objetivando por conta própria realizar parte da

[278] Qualquer pesquisa empírica comprovaria esse fato, pois a sociedade e a opinião pública se mostram contrárias à utilização da política para favorecimentos pessoais, conforme muitas vezes noticiado nos meios de comunicação de massa.

[279] O que abre espaço para o questionamento da *legitimidade* dessa atuação, porquanto um dos requisitos essenciais (controle) da prática jurídica atual, em que há certo deslocamento do foco ao Judiciário, é a argumentação jurídica. Mesmo que, nos casos em análise, as posições adotadas pela Corte aparentemente se mostrem compatíveis com os anseios sociais/opinião pública, o novo constitucionalismo exige uma prática efetiva da argumentação jurídica plasmada em critérios racionais – que deveriam ter adentrado nos fundamentos que legitimam o perfil aditivo dessas excepcionais emanações.

reforma política *necessária* (diga-se), não solucionará a crise[280]. Há de se buscar meios incentivadores para a cura endógena desse mal.

3.4.3. Críticas ao ativismo judicial na realidade brasileira

Duas são principais críticas ao neoconstitucionalismo, sua abertura valorativa e a presença judicial maciça na política e nas relações sociais e, sobretudo, ao ativismo judicial: a afronta à *separação de poderes* e à *democracia*. Luis M. Cruz (2006, p. 23) as apresenta como tensões entre três elementos: os direitos fundamentais, a divisão de poderes e a democracia. Relativamente à primeira delas, dedicou-se todo o primeiro capítulo alguns pontos do segundo. Acerca da democracia adiante algumas considerações.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 11-14) levanta as principais críticas da doutrina à expansão da intervenção judicial na vida brasileira, as quais, segundo o autor, não infirmam a importância do papel desempenhado pelos magistrados nas democracias modernas, "mas merecem consideração séria", pois "ninguém deseja o Judiciário como instituição hegemônica e a interpretação constitucional não pode se em usurpação da função legislativa". A crítica *político-ideológica* refere-se, primeiro, a uma *crítica política* consubstanciada na dificuldade contramajoritária de representantes não eleitos impugnarem a produção legislativa de representantes eleitos (*Idem*, p. 12). Aí estaria contida a crítica à democracia. Contra ela a teoria constitucional demonstrou a legitimidade dessa atuação *negativa* da jurisdição constitucional ao longo de mais de duzentos anos de discussão, conforme argumentos já apresentados

[280] É bem verdade que atuações *pontuais* do Supremo Tribunal Federal podem incentivar a reforma política, pois ele faz parte de uma estrutura institucionalizada do poder político (poder estatal). Mas o risco dessa atuação deixar de ser pontual e levar a um governo de juízes (Sweet) é grande. Por isso, o alerta que ora se esboça em relação à autolimitação judicial. Decisões como estas, se se mostrarem efetivamente pontuais, são *bem vindas*; porém devem estar compatibilizadas com outras formas de ação (sociedade civil organizada e inorganizada, iniciativas endógenas do parlamento, opinião pública, etc.). Uma delas, de natureza endógena, já começa a se esboçar: *lei dos fichas limpas* (Lei Complementar nº 135/2010 que cria nova hipótese de inelegibilidade ao incluir dispositivos na Lei Complementar nº 64/1990). O TSE, em julgamento ocorrido em 25.08.2010, no Recurso Ordinário nº 433627, informou que essa lei aplica-se às eleições de 2010. Essa questão foi transversalmente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Aires Britto, na medida cautelar em Ação Cautelar nº 2654, em 02.07.2010, na qual houve indeferimento da liminar mesmo havendo pedido para não aplicação do novel diploma. No MS 28907, que tratava do tema, julgado monocraticamente pelo Ministro Dias Tóffoli em 24.06.2010, houve declinação da competência para o TSE. Agiram corretamente o TSE e o STF, pois foram deferentes com essa tão esperada medida – e consequentemente com o princípio majoritário –, que mostra talvez o início da recuperação da representatividade parlamentar.

anteriormente, entre os quais o de que o exercício de todos os Poderes constituídos está vinculado à Constituição.

É certo que a separação entre o direito e a política tem sido considerada essencial ao Estado desde a modernidade. Dois modelos antagônicos procuram explicar essa separação: o um *modelo idealista* e um *modelo cético* (BARROSO, 2010, p. 28-30). O primeiro tem uma visão idealizada da separação entre direito e política, acredita que aquele está imune a este. É teorizado pelas correntes *formalistas*, que pregam uma certa imunidade do direito às influências políticas. Para tanto, utilizam dois mecanismos: a independência do Judiciário e a vinculação do juiz ao sistema jurídico. Enquanto o modelo cético, de forma oposta, não crê na distinção entre direito e dois fenômenos que o influenciam: a política e a realidade social; tenta explicar o mundo jurídico como ele é e não como deveria ser. Aí se encontram o *realismo jurídico*, em que as decisões judiciais "refletem as preferências pessoais dos juízes"; a *teoria crítica*, em que "são essencialmente políticas" e as *ciências sociais contemporâneas*, para a qual "são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos" (*Idem*, p. 29).

É inegável a influência da política no direito. Por mais que teórica e juridicamente se busque barrar o ingresso da política no direito, essa pretensão é impossível de se realizar (BARROSO, 2010, p. 45). É por isso que Luís Roberto Barroso (*Idem*, p. 29) propõe um modelo eclético entre ambas as teorias, o *modelo real*, segundo o qual "o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política", porém a revelação da realidade de que essa autonomia é "sempre relativa", em contrapartida, é aceita. Relativa porque há *fatores extrajurídicos* (institucionais, funcionais, humanos) que influem na decisão judicial inevitavelmente.

Entre os quais cita 1) os valores e a ideologia do juiz – que inevitavelmente influenciam a interpretação (*Idem*, p. 30-33); 2) a interação com outros atores políticos e institucionais, que se mostra em uma realidade de a) preservação ou expansão do poder da Corte – é ínsito ao poder sua preservação e, em alguma medida, sua expansão – e de b) relação com outros Poderes, órgãos e entidades estatais – os despachos com autoridades, o peso político de algum Estado, etc. (*Idem*, p. 33-38); 3) perspectiva de cumprimento efetivo da decisão – a possibilidade de seu descumprimento influencia no processo decisório (*Idem*, p. 38-39); 4) as circunstâncias internas do colegiado – como a posição da maioria, o alinhamentos internos, a escolha da pauta de

votação pelo Presidente, a ordem de votação dos magistrados, etc. (*Idem*, p. 40-41) e 5) a opinião pública – causas com clamor público muito grande podem alterar o rumo de julgamentos (*Idem*, p. 41-43).

Dreier (*apud* CRUZ, 2006, p. 24-30, tradução nossa) apresenta as seguintes linhas de defesa da Constituição como ordem de valores: a) as normas constitucionais interpretadas dessa forma comprometem os três Poderes à realização da dignidade humana, liberdade e igualdade; b) a relação necessária entre o direito e a moral implica em dizer que vinculação do Poder Judiciário à ideia racional de justiça é uma *vinculação jurídica*; c) o princípio da democracia e da divisão de poderes, como princípios de procedimento e organização estatal, são princípios constitucionais e, por isso, "proíbem uma preponderância unilateral do Poder Judiciário"[281]; d) a tarefa do juiz é decidir metodicamente e fundamentar suas decisões "de tal maneira que sejam aceitáveis para os interessados e para o público geral", nessa medida, a Constituição como um ideal jurídico, como um modelo de princípios jurídicos, possibilita que o próprio Tribunal tenha que dar conta, juridicamente, de suas decisões e que, portanto, está sujeito ao controle público.

A *crítica ideológica*, encampada por Ran Hirchl (*apud* BARROSO, 2010, p. 12), ao admitir o Judiciário como instância tradicionalmente conservadora, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, contrária, pois, à participação popular e ao princípio majoritário. Contra o argumento de que o Judiciário é composto pelas elites brasileiras, não se discorda. Mas a contrariedade da atuação judicial ao princípio democrático pode ser refutada, a partir da análise realizada no item 3.3 que demonstrou o forte papel das Cortes Constitucionais em prol do estabelecimento da democracia, notadamente nas mais recentes como a África do Sul. A pesquisa Javier Pérez Royo (2007, p. 795-798) corrobora esse argumento porque demonstra que, em sua origem, os Tribunais Constitucionais europeus surgiram em países que encontraram dificuldade na transição para a democracia, tendo estas Cortes papel fundamental em sua concreção. Quanto ao Brasil, o Supremo Tribunal Federal

[281] Uma contribuição a este argumento: foi demonstrado que não existem princípios absolutos na Constituição, todos eles são relativos; diante disso seria possível ponderar, de um lado, os princípios da democracia/separação de poderes e, de outro, algum direito fundamental cuja pretensão subjetiva se coloque. Para refutar os primeiros e viabilizar uma posição ativista da Corte seria necessário tecer argumentos jurídicos suficientes que possam convencer de forma geral os cidadãos.

também se mostra muito mais pró do que contra a democracia[282]. Também corrobora essa constatação o fato do Supremo Tribunal Federal manter um distanciamento quanto às questões *interna corporis*, somente adentrando no cenário político quando há afronta a normas constitucionais mínimas, com exceção de dois casos que se sobressaíram a essa regra: *fidelidade partidária* e *nepotismo* (ADC 12 e súmula vinculante nº 13)[283].

A segunda, é a *crítica quanto à capacidade institucional*, segundo a qual cada Poder estaria mais apto a proferir a melhor decisão em determinada matéria, temas com maior complexidade técnica não podem não ter no juiz o melhor árbitro, segundo critérios técnicos ou institucionais (BARROSO, 2010, p. 13). Apesar da palavra final sobre a interpretação constitucional ser do Judiciário, porém não é toda e qualquer matéria que deve ser decidida por este órgão. Com essa crítica, há de se concordar e para compatibilizar a prestação jurisdicional com ela no item seguinte será apresentada como resposta a autocontenção judicial.

Uma terceira crítica apurada por Barroso (*Idem*, p. 14) diz respeito à *limitação do debate*, segundo a qual o debate nos Tribunais não estaria acessível à generalidade das pessoas em face da linguagem jurídica e do funcionamento técnico do direito. Com isso, haveria uma elitização do debate e, em momento seguinte, a politização da justiça. Isso é um dado que preocupa, mas que não há outra solução a não ser tomar de empréstimo mais uma vez as palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2005, p. 7-8): "para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela [jurisdição constitucional], pelo menos enquanto não se descobrir nenhuma fórmula mágica que permita juridificar a política sem, ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça".

Como tudo o que é demais tende a não ser bom, em face da grande valorização do Poder Judiciário, alguns doutrinadores (neoconstitucionalistas) iniciaram um processo crítico que questiona um eventual *Sobrepoder Judiciário,* além da supervalorização do neoconstitucionalismo. Com as quais há de se concordar. Daniel Sarmento (2009, p. 288-301) é

[282] Essa constatação decorre da análise dos principais julgamentos da Corte nos anos de 2007, 2008 e 2009 (todos os constantes nos Informativos de Jurisprudência do STF [publicação oficial], acrescidos de outros julgados que foram discutidos na doutrina no período até 01.08.2009), publicados sob o título *Jurisprudência do STF: anotada e comentada*, de nossa autoria, pela Editora Método em 2009.

[283] Essas decisões mostram-se como únicas exceções à jurisprudência da Corte em relação ao respeito às questões internas, reservadas à política. No primeiro caso, claramente o STF *criou uma nova hipótese de inelegibilidade* e, no segundo, *nova hipótese de regramento de condutas públicas* ambas a partir da interpretação extensiva da Constituição ou de sua sobreinterpretação (Guastini). Ambas as decisões interferem na política de forma ativista.

um deles; formula três críticas ao neoconstitucionalismo: a) a de que seu pendor para o Judiciário é antidemocrático; b) a de que sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão da singularidade da cultura nacional – deficiências do Judiciário, a falta de discussão da reforma política, etc. – nesse ponto chega a falar de "*oba-oba constitucional*"; c) a de que ele pode gerar uma *panconstitucionalização* do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

Luiz M. Cruz (2006, p. 27, tradução nossa) fala de um "perigo real" dos juízes terem "a possibilidade de fazer triunfar suas próprias concepções sobre as do legislador e sobre as da própria Constituição"[284]. Eros Roberto Grau (2000, p. 149), segue a mesma direção ao afirmar que todo excesso de discricionariedade "presta-se a subverter a legalidade". Prieto Sanchís (apud CRUZ, 2006, p. 54) alerta para a possibilidade dos juízes fazerem triunfar suas próprias concepções sobre as do legislador e sobre a própria Constituição. Alfonso García Figueroa (2009a, p. 110-111, tradução nossa) apresenta a onipresença judicial como um risco para a democracia, uma vez que a *sobreinterpretação* (Guastini) "pode conduzir em última instância ao estrangulamento do legislador, que, vítima de uma tirania dos princípios, corre o risco de perder toda a margem para exercer suas funções normativas". Em suma

> se os princípios constitucionais dizem *demasiado pouco*, então os juízes podem chegar a dizer *demasiado* e se os princípios constitucionais dizem *demasiado*, então ao legislador lhe sobrará *demasiado pouco* a decidir. Em ambos os casos se critica a desvalorização do modelo de Estado constitucional, isto é, se denuncia que o Estado constitucional pode derivar a uma forma de Estado jurisdicional (...).

Não obstante, após apresentar essa visão pessimista do neoconstitucionalismo – notadamente da teoria dos princípios: pós-positivismo – sustenta uma teoria otimista do mesmo fenômeno, que é assumida *moderadamente* (*Idem*, p. 111). Nessa concepção moderada, Figueroa (*Idem*, p. 111-131) propõe: a) *a revalorização dos direitos fundamentais como princípios*, em que a imunidade de validez e a titularidade dos direitos frente a sua *ineficácia* particular constituem o que se poderia chamar de "*efeito simbólico*" da teoria dos princípios, a qual funcionaria como uma espécie da garantida – intimamente ligada à diferença entre o conteúdo do direito e sua

[284] Luis M Cruz (2006, p. 57-75) apresenta a crítica clássica de Böckenförde à teoria do Tribunal Constitucional alemão da Constituição como ordem objetiva de valores e, sobretudo, à posição de Alexy. Böckenförde fala da possibilidade de um totalitarismo constitucional.

garantia; b) a *legitimidade argumentativa* e a *democracia crítica*, que tenta compatibilizar a tensão entre os direitos e democracia, propondo um nexo estrutural entre democracia e constitucionalismo, aquela não sob o aspecto formal mas como democracia substantiva, e mais que isso, reflexiva e argumentativa, relacionando uma *objetividade semântica* e uma *objetividade ética*; b.1) a *objetividade semântica* parte de um pressuposto de que o direito não é absolutamente indeterminado nem determinado, a partir de então valoriza as teorias da interpretação e da argumentação jurídica – se o sistema fosse determinado não precisaria dela, se fosse indeterminado uma argumentação moral seria suficiente; b.2) segundo a *objetividade ética* seria possível argumentar objetivamente sobre uma base extrajurídica (moral)[285] [nesse ponto concorda com Alexy e MacCormick]; c) uma *deontologia flexível para uma axiologia de ideais em contextos pluralistas*, necessária a um ordenamento jurídico que se assente em uma dimensão axiológica normativa, que se mostra através de uma dimensão deontológica especial de natureza flexível, permitindo sua *derrotabilidade*[286], permitindo a oxigenação do sistema jurídico, sua permanência temporal e a observância de ideais sociais/constitucionais; os princípios apresentam-se como essas normas *derrotáveis* (relativas).

Na mesma linha, Alexandre Garrido da Silva (2009, p. 125-128), após apresentar as críticas de Juan Antonio García de Amado e algumas respostas de Robert Alexy a elas – como a dogmática das margens de ação –, apresenta sua posição de que o neoconstitucionalismo "em sua versão inflacionada ou expansiva, ao preconizar um ideal de constituição 'invasora' e 'onipresente', não é compatível com uma visão aberta da democracia"; e, após a crítica, a proposta: o neoconstitucionalismo deve ser "*minimalista* e deferente com a deliberação democrática". O autor finaliza o artigo com esta afirmação sem ter sido possível propor seus termos.

Parece que a solução moderada ou minimalista é a que mais se amolda à contenção do poder. Contudo, em face da juventude da teoria neoconstitucional, essa teorias recentemente começaram a se esboçar não só no Brasil, mas também na Espanha e Itália. Nesse sentido, há

[285] Considera que a razão jurídica é um caso especial de razão prática. Argumentar objetivamente não significa argumentar sobre bases inamovíveis; sua teoria dos princípios se assentaria sobre dois pressupostos: é possível argumentar sobre bases objetivas e, por outro lado, não é possível argumentar sobre bases absolutas (FIGUEROA, 2009a, p. 118).
[286] A derrotabilidade dos princípios de Figueroa foi tratada no item 2.3.1.2.3.

concepções em alguns sentidos. Há autores que, com o objetivo de conter os aspectos negativos identificados, têm inclusive procurado resgatar o *formalismo jurídico*, em uma versão requalificada que enfatiza a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial (BARROSO, 2010, p. 17)[287].

Aqui, calha a observação de Luis M. Cruz (2006, p. 56, tradução nossa):

> o perigo não provém da Constituição nem dos juízes constitucionais, mas daqueles (que sejam juízes legisladores) dispostos a não limitar o alcance das valorações ao aludido segmento de moralidade; é dizer, daqueles dispostos a não respeitar aqueles valores sobre os que descansam nossas Constituições, nem a dar razão [racional] de suas decisões.

É por tudo isso que palavras como *serenidade* (MENDES *et al*., 2007, p. 135), ou *cautela* (PINHEIRO, 2008, p. 150), ou *muita cautela* (DIREITO, 2000, p. 35) – só para recordar alguns – são frequentemente utilizadas para expor a preocupação dos juristas defensores das ideias expostas nessa dissertação com a hegemonia judicial. Há quem se coloque em lado oposto, com total contrariedade ao ativismo judicial, como Elival da Silva Ramos (2010, *passim*).

Na mesma linha de Figueroa, Garrido e Sarmento, em seguida serão estabelecidos alguns limites à atuação judicial – que refletem diretamente no ativismo judicial –, com o escopo de tentar *conter o poder* do Judiciário, pois exemplos históricos já fizeram demonstrar que *poder* em excesso normalmente corrompe.

3.5. Os limites ao ativismo judicial no Brasil contemporâneo

Até agora foi demonstrada, sob um enfoque teórico, a realidade brasileira sobre o ativismo judicial e sua legitimidade. Defendeu-se uma *tensão latente*: de um lado o ativismo judicial, de outro, a separação de poderes e o princípio democrático, onde 1) as *omissões inconstitucionais* tornam-se fatores legitimadores da expansão judicial, desde que a omissão seja flagrante ou diga respeito à dignidade humana; 2) o *vácuo de poder* opera em uma zona cinzenta entre a legitimidade e a ilegitimidade e 3) *decisões simplesmente expansivas* são ilegítimas.

[287] Barroso indica entre eles Frederick Schauer, *Formalism*: legal, constitutional, judicial. In: Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (orgs.). The Oxford handbook of law and politics, 2008, p. 428-436; e Noel Struchiner, *Posturas interpretativas e modelagem institucional*: a dignidade (contingente) do formalism jurídico. In: Daniel Sarmento. Filosofia e teoria constitucional contemporânea, 2009, p. 463-482.

Nesse cenário, alguns critérios limitativos da atuação judicial são necessários à *contenção do poder* com vistas a evitar situações ilegítimas e resguardar a sociedade do arbítrio judicial. Atuando preventivamente "para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica" (BARROSO, 2010, p. 45). Antes de identificá-los houve uma detida reflexão com o objetivo propor *limites pragmáticos* ao ativismo judicial e não somente teoréticos ou simplesmente retóricos.

Assim, a investigação que ora visualiza sua chegada ao ponto final, propõe alguns limites ao ativismo judicial, alguns *intra* outros *extrapoder*, com o escopo de evitar eventuais distúrbios decorrentes de um neoconstitucionalismo maximalista ou de um pós-positivismo exacerbado; são eles: 1) *o próprio direito*; 2) *as teorias interpretativas e argumentativas*; 3) *a autocontenção Judicial*; 4) *a pressão política dos atores sociais: estatais e não estatais*; 5) *a preservação da livre iniciativa nos desacordos morais razoáveis*; 6) *a realização do mais amplo debate social* e 7) *a realização efetiva da sabatina dos magistrados no Senado Federal*. A eles.

3.5.1. O próprio direito

Um primeiro limite imanente ao direito é a própria estrutura jurídica em sua formulação positiva. O positivismo jurídico tão duramente criticado pela teoria neoconstitucional não-positivista, tem ainda um grande mérito a ser reconhecido. O processo de criação de normas jurídicas a partir da abstração teórica das situações da vida real permitiu uma racionalidade que persiste até os dias atuais. Mesmo que a identificação da norma jurídica seja um processo criativo há um limite semântico intransponível, sobretudo nas normas fechadas. Assim, Município não pode ser interpretado como Estado, imóvel não pode ser transferido pela tradição, o furto de um milhão de reais não pode ser absorvido pelo princípio da insignificância. Dessa forma, o próprio direito "sempre desempenhará uma função inibidora" (BARROSO, 2010, p. 31).

A Constituição, as leis, a jurisprudência, tudo isso forma um círculo que por mais elástico que seja não permite ao Judiciário ir muito além. A Constituição – em que pese ser a *sede natural dos princípios*, isto é, apesar das normas constitucionais serem frequentemente princípios (ZAGREBELSKY, 2007, p. 109) – contém diversos dispositivos cuja margem semântica não permite muita elasticidade criativa (regras fechadas). O presidente (e não um Ministro) pode convocar o conselho da república (art. 84, XVIII da CF/88), o Conselho Nacional de Justiça é

composto de quinze (não dezesseis ou quatorze) membros (art. 103-B do mesmo diploma), um servidor público que assumir o cargo de deputado ficará afastado do cargo efetivo (sem há possibilidade de ser mantido) (art. 38, I da CF/88), etc. Uma simples busca nos dispositivos constitucionais permite a constatação da existência significativamente maior de regras, sobretudo as fechadas, que de princípios (ou normas que possam ser lidas como tal).

Em relação às leis a limitação positiva é ainda mais flagrante, pois a lei é a *sede natural das regras* ou, nas palavras de Zagrebelsky (*Idem*), as *normas legislativas* são prevalentemente regras. É por isso que Carlos Alberto Menezes Direito (2000, p. 30-32) fez a seguinte colocação: "Ocorre que mesmo o trabalho de interpretação, com a maior amplitude que possa ter, não tem condições, em regra, de modificar a lei. E por que não tem? Porque a existência da lei impede que o Juiz julgue como se fosse livre o direito".

A jurisprudência também limita a atuação judicial. A dos Tribunais de Justiça limita as decisões dos juízes a ele vinculados[288], a das Cortes Superiores limita a atuação dos TJs, enquanto a do Supremo Tribunal Federal, na matéria que tem competência, limita a todos. A própria jurisprudência consolidada do STF limita sua própria atuação, uma vez que a alteração de jurisprudência pacificada é um processo relativamente lento. Assim, foi a situação da vedação ao nepotismo (ADC 12 e súmula vinculante nº 13) que demorou mais de vinte anos após a promulgação da Constituição para, com base nela, ser proferida. A mutação constitucional do art. 52, X da CF/88 (Reclamação nº 4335), cujo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski ultrapassa três anos. Ou seja, caso o Supremo entendesse hipoteticamente que houve mutação do sentido da norma insculpida no citado enunciado, contrariando jurisprudência a muito consolidada, alguns anos já teriam se esvaído no aguardo desse julgamento. Isso ocorre em todos os Tribunais; a transmutação da jurisprudência consolidada é um processo lento e gradativo.

Em suma, o direito é um fator de limitação expressivo ao ativismo judicial.

[288] É claro que há independência funcional na magistratura e o juiz de primeira instância pode julgar conforme sua própria convicção jurídica. Porém, o sistema recursal, regra geral, impede que decisões contrárias à jurisprudência da Corte se perpetuem.

3.5.2. Teorias interpretativas e argumentativas

No final do item 3.1 foi demonstrado que, hodiernamente, a interpretação não é mais vista como um ato involuntário de aplicação de um enunciado pré-pronto, a norma precisa ser extraída de seu enunciado por meio de um *processo interpretativo criativo*[289]. Também se frisou que os juízes e demais aplicadores do direito não mais são vistos como 'seres inanimados' e, dessa forma, suas *pré-compreensões* interferem no processo decisório (interpretação/aplicação normativa)[290]. É aí que se questiona a eventual perda de *objetividade* do sistema que resulta na perda de *segurança jurídica* – indesejável para o direito.

É nesse contexto que as *teorias da interpretação*[291] e as *teorias da argumentação jurídica*[292] recebem maior atenção da comunidade jurídica e passam a ter um papel fundamental. O interesse dos constitucionalistas sobre o tema tem sido incentivado por essa nova sistemática interpretativa em que ao intérprete cabe, mais do que em momentos anteriores, a fixação do conteúdo da norma. Destarte, ressalta-se, que as teorias da argumentação jurídica mostram-se como um *limite interno* ao processo de aplicação de normas jurídicas.

Toda a concepção neoconstitucional desenhada ao longo das últimas décadas, em especial a concepção dos princípios como normas jurídicas, "coincide com o auge das teorias da argumentação jurídica" (VALE, 2009, p. 4). Considerando duas premissas nesse contexto: 1) o juiz (não eleito) detém papel relevante na construção do significado da norma e 2) a aplicação do direito não é mais uma subsunção lógica extraída de premissas maiores formadas abstratamente (subsunção) (LARENZ, 2008, p. 163-172), chega-se à conclusão de que há de se buscar *novos limites à atuação judicial*, para que se previna que, sob o argumento de estar interpretando a

[289] Nesse sentido, Guastini (2009, p. 56); Zagrebelsky (2007, p. 112); Inocêncio Coelho (2001, p. 28-29); Humberto Ávila (2009, p. 30-35); Menezes Direito (2000, p. 30-33); entre muitos outros.
[290] Nesse sentido, Inocêncio Coelho (2002, p. 15-22, 65-66 e 97); Nancy Andrighi (1997, p. 2-3); Zaffaroni (1994, p. 107-110), entre outros.
[291] A(s) teoria(s) interpretativa(s) dá(ão) conta de amplos aspectos de dizem respeito à interpretação, compreensão e concreção da norma jurídica, englobando o estudo da hermenêutica jurídica, sob a qual se colocam os métodos interpretativos, argumentação jurídica, tópica, etc. Os aspectos afetos à interpretação jurídica relevantes para esta dissertação foram tratados no item 3.1, *in fine*, por isso não será novamente dispostos nesse item. O que se observa com relação ao método é também a busca da racionalidade da tomada de decisão judicial. Canotilho (2003, p. 1210), a esse respeito, aduz que não existiria um "método justo", haveria muito mais "um conjunto de métodos" que, desde que racionais (baseados na doutrina e jurisprudência), poderiam ser reciprocamente utilizados.
[292] Não há qualquer pretensão de aprofundamento nessa temática que será utilizada somente para demonstrar como a nova teoria/ideologia jurídica influencia a atuação judicial, com o escopo de criar barreiras racionais a um eventual ativismo judicial desmedido que afronte o núcleo essencial da separação de poderes que possa surgir do cenário exposto.

Constituição, o Judiciário se transforme em um déspota, se torne *hegemônico* – conforme termo de Barroso (2010, p. 45).

A *racionalidade do legislador*[293] não mais responde a todas as questões jurídicas, visto que a interpretação depende de outros critérios além do próprio texto da lei e da vontade de seu criador; há que se verificar, então, a *racionalidade do julgador*. Não que o processo legislativo tenha perdido sua função, ao contrário, ele "ainda confere forma determinada ao resultado momentâneo do debate político, com a promulgação de normas com o objetivo de solidificar uma perspectiva específica da ordem das coisas" (MACCORMICK, 2006, p. XII). Contudo, o processo hipotético de abstração dos fatos realizado pelo legislador por meio de uma valoração prévia (LARENZ, 1997, p. 164), mostra-se incapaz de regular todos os acontecimentos da vida social; porquanto as leis "nunca são suficientes para resolver todas as controvérsias" (MACCORMICK, 2006, p. XII). É aí que entra a teoria da argumentação jurídica verificando se o resultado da decisão se pauta racionalmente na fundamentação desenvolvida.

Antes dela, Karl Larenz (1997, p. 164-165) ensina que a "jurisprudência de valoração" já abria a possibilidade de *valoração adicional* pelo juiz na interpretação da norma jurídica para além do que dispôs o legislador, iniciada desde logo pela identificação do conceito de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados. O que acontecia igualmente quando o legislador não tivesse sido capaz de antever determinada situação, ou quando desaparecessem os pressupostos de que partiu o legislador ou quando as normas colidissem entre si sem que a resposta tenha sido previamente descortinada pela valoração do legislador. Em todas essas situações o juiz era remetido "a sua intuição valorativa" (*Idem*, p. 165). Porém, nessa concepção ainda inicial, preponderava a ideia de que os valores eram um ato de opção pessoal, incapazes de serem racionalmente determinados.

Na evolução histórica do pensamento jusfilosófico, autores como Esser e Kriele precisam ser lembrados. Eles entendem que a escolha dos critérios de interpretação é arbitrária e se encontra assim na disponibilidade do juiz; para eles, de fato, primeiramente o intérprete deveria escolher o resultado para, depois, escolher o método e as valorações particulares requeridas (*Idem*, p. 168).

[293] Sobre o postulado do legislador racional, ver explanação de Inocêncio Mártires Coelho (MENDES *et al*., 2007, p. 104-105).

Então, surge a "tópica", cuja pretensão de aplicabilidade à jurisprudência decorre das teorias de Viehweg, com uma "aptidão de consenso" que partiria de "diversos pontos de vista (*topoi*) que se mostrem aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada" (*Idem*, p. 170). O fato da existência possível ou provável de uma consequência prévia ou anterior suscita nova discussão; o que em última análise leva a um debate infindável, pois nunca se sabe se novos pontos de vista (*topoi*) que não foram considerados devem ser levados em conta. O que não retira a cientificidade do discurso, pois é da substância da ciência não chegar a um fim. Considerando que as soluções jurídicas decorrem de um processo argumentativo, a questão é descobrir qual argumento é relevante, qual o peso relativo que se lhes atribui, qual "seu valor posicional"; aí surgem questões interpretativas diversas, critérios de valoração supralegais, o alcance dos "precedentes" ou do "argumento sobre as consequências" (*Idem*, p. 171).

A questão que se coloca é "se se podem produzir enunciados racionalmente informados e suscetíveis de fundamentação sobre valores (ou princípios éticos)" (*Idem*, p. 172). Embora a tópica não tenha conferido respostas suficientes a essa questão, as ideias de Viehweg aproximaram os juristas dos pressupostos e regras da argumentação jurídica, pois a solução não estaria em processos de dedução lógica, porém na problematização global de argumentos pertinentes. Mas é com a argumentação jurídica que surge a possibilidade de justificação racional de juízos de valor.

Surgem então as ideias de *argumentação jurídica racional* legitimadoras da prática jurídica, em especial da prática jurisprudencial. Karl Larenz (*Idem*, p. 212) apresenta a visão sobre a fundamentação da seguinte forma:

> Argumentar significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantar os contra-argumentos por eles produzido.

A argumentação jurídica se efetiva por meio de um discurso racional, o que permite entender que as fundamentações jurídicas consubstanciam-se em formas e cadeias de argumentação (*Idem*). Não se trata apenas do argumento *mais forte*, mas de um processo ordenado de pensamento que possa afiançar que pontos de vistas (*topoi*) essenciais não foram

deixados de fora. A teoria da argumentação jurídica de Alexy (2008b, p. 34)[294], então, vem à tona como uma *atividade linguística*[295] que tem lugar em situações variáveis e que busca "a correção de enunciados normativos".

Para Alexy (2008b, p. 38), o discurso jurídico é um caso particular de discurso prático geral, cuja base comum é a existência de uma *pretensão de justiça* embutida na argumentação. Para Alfonso García Figueroa (2009a, p.118-119, tradução), há de se conceber "a aplicação do direito como um caso especial de razão moral, pois só através do discurso moral podemos alcançar resultados com um certo nível de objetividade". A teoria do discurso tem como tarefa a previsão de regras que sejam ao mesmo tempo *débeis* – a permitir a participação de indivíduos com concepções normativas diversas – e *fortes* – que uma discussão travada de acordo com elas pudesse ser considerada racional (ALEXY, 2008b, p. 38-39).

Porém, a argumentação jurídica apresenta-se *especial* em relação à argumentação prática geral, por apresentar condições limitativas, como a vinculação à lei, a consideração dos precedentes, da dogmática jurídica resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada e as regras processuais (*Idem*, p. 38-42). A tópica aplicada à jurisprudência encontra-se inserida na teoria da argumentação jurídica de Alexy, na medida em que determina um discurso estruturado em regras racionais, nas quais as premissas se mostram como verdadeiras sem que se tenha que partir de enunciados arbitrariamente estabelecidos (*Idem*, p. 39-43). O importante é a existência concomitante de enunciados diversos, especialmente também de enunciados normativos. Esse é o ponto de conexão entre as teorias, porém Alexy (*Idem*) reconhece a insuficiência da tópica enumerando algumas delas.

O objetivo principal por ele buscado é apresentar uma teoria da argumentação jurídica que se estabeleça em *bases racionais*, como "argumentação racional" ou "razão prática"[296], com o objetivo de apresentar parâmetros para a atividade judicial (ALEXY, 2008b, p. 43-47). Os que concordam com essa possibilidade são Esser e Kriele, enquanto Luhmann discorda. O autor ainda

[294] A primeira edição publicada em alemão com o título *Theorie der juristischen argumentation* data de 1978. A primeira edição em espanhol, de 1989, traduzida da edição de 1983, é intitulada *Teoría de la argumentación jurídica*. Não há publicação em português.

[295] "interpretação teórico-discursiva da racionalidade jurídica" (ALEXY, 2008b, p. 291).

[296] Alexy (2008b, p. 42) informa que o Tribunal Constitucional alemão inclusive já adotou essa concepção expressamente no caso *BVerfG E 34, 269 (287)*, no qual destacou que o juiz deve atuar "sem arbitrariedade; sua decisão deve descansar em uma *argumentação jurídica racional*" (grifos do autor).

estabelece que essa teoria se encaixa no quadrante de uma *metodologia jurídica*. E, como tal, apresenta *cânones* ou modalidades de interpretação que promovem a apresentação do discurso em bases racionais.

Portanto, a teoria de Alexy é uma *teoria procedimental*, cujos procedimentos são definidos pelas *regras do discurso*[297] (*Idem*, p. 291). Ela não leva em consideração como *correto* qualquer resultado em uma comunicação linguística, mas somente o resultado de um discurso racional, que se respalda nas regras citadas. A argumentação jurídica precisa utilizar-se dessas fórmulas em face da pretensão de justeza que se vincule de alguma forma à lei, mantendo-se assim suas bases racionais. Ponto em que adquire a concordância de Larenz (1997, p. 214). Contudo, a utilização de *uma regra específica* não se mostra obrigatória, mas sim a utilização da mesma(s) regra(s) por todos os partícipes.

A racionalidade de sua teoria se encontra, então, nessa utilização *por todos os participantes do discurso* (seres humanos reais) das mesmas regras, entre as diversas regras discursivas existentes. Dessa forma, seria possível encontrar a racionalidade inclusive em um campo especificamente valorativo (ALEXY, 2008b, p. 293-294). Todavia, reconhece que essas regras *não constituem*, de fato, garantia de que *um único resultado correto* seja alcançado, isto é, de que *os resultados sejam corretos em absoluto* (*Idem*, p. 294). Mas a correção absoluta não pode ser garantida por nenhum procedimento; o que Alexy (*Idem*) propõe não é criar um critério de correção absoluta das decisões, mas que se possa exercer sobre as decisões judiciais um "controle racional e, da mesma maneira, aproximar-se da correção".

Neil MacCormick[298], juntamente com Alexy, é um dos grandes nomes mundiais da teoria da argumentação jurídica. Seu objetivo também é promover a racionalidade e uma certa previsibilidade do direito na concepção atual em que a interpretação da norma ganha ares de (re)criação, pois os juízes deverão "prestar contas de suas decisões a fim de justificá-las nos moldes da estrutura da ordem jurídica pressuposta" (MACCORMICK, 2006, p. XI). Estabelece

[297] Não se pretende nessa rápida passagem sobre a obra de Alexy apresentar todas as suas nuances, mas tão-somente mostrar sua pretensão de racionalizar a valoração intrínseca às decisões judiciais. Por isso, as diversas regras discursivas que são utilizadas pelo discurso jurídico não serão apresentadas.

[298] A primeira edição data de 1978, cujo título era *Legal reasoning and legal teory*. A tradução para o português deu-se em 2006 com o título *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Nas edições mais recentes de sua obra, incorpora algumas posições da teoria da argumentação jurídica de Alexy, conforme expressamente consignado por MacCormick (*Idem*, p. XIV e XIX).

uma argumentação baseada nas normas, porquanto a lógica da aplicação da norma é ainda central na regulação estatal. Ao lado da formulação concreta das regras há as posições de rivalidades dos princípios que exercem pressão para o estabelecimento de normas (procedimentais) para informar sua posição em determinadas situações.

A teoria da argumentação jurídica do autor também é considerada uma ramificação da argumentação prática, "que consiste na aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha" (*Idem*, p. IX). A estrutura da teoria se respalda em uma forma de *raciocínio dedutivo*, segundo ele, essencial para a argumentação jurídica, porém esse raciocínio é compatibilizado com elementos da argumentação jurídica que *não são dedutivos*, como, por exemplo, alguns argumentos consequencialistas (*Idem*, p. 165-196). Juntamente com Jonh Austin, o autor admite que considerações sobre as consequências das decisões influem na argumentação jurídica. Cumpre frisar essa decisão, perpetrada no *common law*, ultrapassam o caso concreto para respaldar soluções futuras. Situação que, apesar de não se encaixar fielmente no caso brasileiro – *civil law* –, à medida que há uma conjunção de ambos os sistemas jurídicos – René David (2003) –, também tem relevância no sistema pátrio, sobretudo em face das novas súmulas vinculantes.

Trata, pois, da razão como "algo que estabelece o que é correto fazer em situações em que haja escolha", solução que se mostra através da justificação racional (MACCORMICK, 2006, p. XIV). Como Alexy, não tem uma pretensão de que sua teoria apresente respostas sempre corretas, ou que o direito seja perfeitamente determinado, pois a *atividade racional* não se mostra capaz de sempre garantir o consenso adequado e a coexistência social viável. Há critérios valorativos que devem ser compatibilizados por *instituições políticas*. Sendo que a argumentação jurídica desenvolve-se na prática dos advogados e Tribunais; seus argumentos são "verdadeiros argumentos dos tribunais" (*Idem*, p. XV).

Dessa forma, com a utilização de procedimentos discursivos racionais – no que se refere à argumentação jurídica, bem como do processo hermenêutico – é possível encontrar uma *limitação interna* à atividade de (re)criação do direito pelos órgãos judiciais. A fundamentação é, pois, uma forma de controlar a atividade judicial. No Brasil, há obrigatoriedade de

fundamentação das decisões tanto administrativas (art. 2º e 50 da Lei nº 9.784/99[299]) quanto judiciais (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988), porém, segundo a perspectiva adotada, as autoridades não podem se valer de argumentações ralas, ilógicas ou irracionais, sob pena de configurar a possibilidade de *controle superior* ou *hierárquico* (recursos), *científico* (como vem ocorrendo com os estudos das decisões do Supremo Tribunal Federal), *político* (declarações públicas de parlamentares ou representantes do Executivo) ou *social* (pela contestação da sociedade ou da opinião pública).

Até mesmo porque, conforme observa Karl Larenz (2003, p. 410), resgatando a concepção de Hare, "justificar" uma decisão significa mostrar que ela está em consonância com as pautas de valoração do ordenamento jurídico e com a sua posterior configuração no ordenamento jurídico global – com inclusão dos critérios de decisão elaborados pela jurisprudência dos Tribunais. Como assevera Inocêncio Coelho (2002, p. 70), "à míngua de fundamentação, todo ato decisório tem-se como ilegítimo". Canotilho (2003, p. 1325), apoiando-se em A. Saitta, observa que a fundamentação das decisões tem também "uma função democrática: materializar a relação de concordância entre o órgão jurisdicional, 'guardião da Constituição', e o povo em nome do qual são proferidas as decisões judiciais". É assim que as decisões racionalmente fundamentadas servem de limitação interna à atividade jurisdicional na atualidade, contendo de mesma forma o ativismo judicial na medida em que se insere nessa atividade.

Por último, um ensinamento de García de Enterría (2001, p. 184) que demonstra que mesmo diante de uma maior subjetividade da interpretação, há limites imanentes capazes de reduzir a subjetividade; para ele, nem o parlamento, nem os partidos políticos, nem o povo aceitariam uma interpretação do Tribunal Constitucional baseada tão-somente nas simples convicções pessoais dos juízes, seus critérios políticos ou sua simpatia.

[299] Cumpre destacar que a Lei nº 9.784/99, embora seja lei federal, também é aplicável aos Estados na ausência de lei específica estadual sobre a matéria, conforme consolidada jurisprudência do STJ, *in verbis*: Ementa: (...) 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *firmou-se* no sentido de que, ausente lei específica, a Lei 9.784/99, que fixa o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a Administração rever seus atos, *pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros*. (...) (RMS 24.170/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 17/11/2008). Grifos não originais.

3.5.3. Autocontenção Judicial

Os tribunais desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o papel principal (BARROSO, 2010, p. 21). Mas para que o Judiciário não se torne um verdadeiro opressor da liberdade com um *protagonismo* que se sobreponha à limitação do poder, tornando-se um *superpoder*, a autocontenção se impõe. Canotilho (2003, p. 1308) expõe esse pensamento na forma de *princípio da autolimitação judicial*, segundo o qual "os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justicialidade das questões políticas". Em que pese, conforme será demonstrado adiante, ser impossível separar por completo o direito da política, suas considerações baseadas no direto norte-americano consignam a preocupação que se coloca.

Luiz Werneck Vianna e outros (1999, p. 12) aduzem que a realidade imediata de judicialização no Brasil, "longe de implicar perda para o ideal republicano, pode apontar para o seu fortalecimento", desde que o papel dos diferentes atores sociais seja no sentido de divisar novas articulações entre os sistemas da *representação* e da *participação*. Os atores principais da democracia são os membros eleitos do poder estatal, os quais representam os anseios do povo, a soberania popular[300]. É dizer: deve haver uma deferência do Judiciário em relação ao espaço restrito à política.

Por isso, o Poder Judiciário deve buscar sim sua autocontenção (*self-restraint*) com vistas a tentar perpetrar o equilíbrio entre os Poderes e, com isso, evitar o corrompimento do *poder*, pois "todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele" (MONTESQUIEU, 2002, p. 164). No mesmo sentido, MacCormick (2006, p. XIII) adverte que "nem nossa capacidade para o reconhecimento racional da necessidade de autocontrole consegue por si mesma refrear nossa tendência à teimosia, à violência e ao egoísmo injustificado", por isso a necessidade da existência de "instituições políticas" que estabeleçam normas "dentro dos limites da incerteza interpessoal da deliberação racional". O espaço público restrito à política deve ser preservado.

[300] A referência ao "povo", segundo constatação de Friedrich Müller (2000, p. 567), funciona como uma *forma de legitimação*, "como se o sistema funcionasse com base na soberania popular e na autodeterminação do povo"; contudo, a teoria tradicional da democracia não deixa claro como o exercício do poder estatal pode ser retrorreferido "ao povo". Apesar dos questionamentos e a crise legislativa vivenciada no Brasil, esse ainda é um conceito válido, por isso sua utilização.

Nesse sentido, Farlei Martins Riccio de Oliveira (2009, p. 701-710) demonstra como as teorias de Klaus Schlaich e Dieter Grimm, que advertem para uma maior autocontenção judicial (*self-restraint* ou *weak judicial review*) levando-se em conta a experiência alemã, são importantes para o Brasil, sobretudo, diz ele, diante do "ativismo voluntarista do Supremo Tribunal Federal no ano de 2007".

Daniel Sarmento (2009, p. 293) defende que em alguns campos "pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo". Quando estejam em jogo os direitos fundamentais e os procedimentos democráticos, os magistrados "devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração" (BARROSO, 2010, p. 16).

Há razões não somente democráticas, mas também relativas à incapacidade institucional do Judiciário em administrar. Dessa forma, a autocontenção não se limita somente às competências legislativas, mas refere-se também às *competências administrativas*. O Judiciário deve preferir, como tem feito, segundo observação de Andreas Krell (2002, p. 87)[301], reservar um espaço de autonomia administrativa que se consubstancia na conveniência e oportunidade estampada no mérito administrativo[302].

No que se refere às *políticas públicas*, conforme já abordado, deve haver também uma autocontenção, pois a legitimidade da escolha das políticas públicas é dos Poderes de natureza política (Executivo e Legislativo) que têm nas urnas a aprovação dos planos e metas desenvolvidos. O Judiciário, em regra, não deve se imiscuir nessa seara, "somente por exceção poderá intervir na formulação de políticas públicas, quando restar evidente que os outros poderes não agiram em conformidade com os princípios constitucionais" (PINHEIRO, 2008, p 150).

[301] Nesse trecho o autor observa que no Brasil há "uma resistência ao controle judicial do mérito administrativo".
[302] O mérito administrativo, antes inatingível, atualmente tem sido observado pelo Poder Judiciário tão-somente no que se refere às decisões absurdas, flagrantemente não razoáveis. Em regra, o Judiciário não adentra em questões de mérito, como, por exemplo, a escolha da pena administrativa aplicada, a utilização desta ou daquela resposta a uma questão em concurso público.

Assim, a citada lição secular da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1927, "entre duas interpretações possíveis de uma lei (*statute*), dentre as quais uma seria inconstitucional e a outra válida, nosso dever básico (*plain*) é adotar aquela que a salvará" (TUSHNET, 2007, p. 418, tradução nossa), ainda se mostra completamente cabível. A esse respeito, García Amado (*apud* SILVA, 2009, p. 126) defende uma regra de preferência em favor do legislador – *in dubio pro legislatore* –, segundo a qual na zona de penumbra ou no âmbito de abertura do texto constitucional o Judiciário deveria se autoconter. O que significaria, segundo Alexandre Garrido da Silva (2009, p. 126), uma autorrestrição da jurisdição constitucional nas hipóteses que o texto constitucional nada diz.

Maria Lúcia de Paula Oliveira (2009, p. 50), após expor argumentação no sentido do Judiciário também ser representante dos cidadãos, propõe

> uma necessária modéstia do próprio judiciário em relação ao seu papel político em face de seu papel de representação dos cidadãos, mas sem que isso deva se traduzir numa tibieza ou não ativismo quando o que estiver em jogo for a garantia da própria possibilidade que as pessoas tenham que julgar e de ter os seus julgamentos repercussão sobre as instituições. (...) Mas quais os limites interpretativos legítimos para a jurisdição constitucional? Essa é a questão cuja resposta só pode partir dos julgamentos políticos dos cidadãos e do exercício do 'pensamento alargado' por representantes (juízes) e representados (cidadãos).

Assim, o que se recomenda é a contenção judicial em prol do espaço público de discussão política, porém não se apoia uma omissão inconstitucional do Judiciário em face das mesmas omissões dos demais Poderes, *sempre que ela seja flagrante*, frise-se. Ou seja, há espaço de liberdade de conformação; não são todos os direitos que estão contidos na Carta que são imediatamente exigíveis. Somente a flagrância da omissão dos demais Poderes é que legitimam uma atuação judicial ativista. Autocontenção sim, inércia não!

3.5.4. Pressão política dos atores sociais: estatais e não estatais

Caso o Judiciário não se autocontenha e ultrapasse os limites democráticos e da separação de poderes, caberá precipuamente aos demais Poderes constituídos uma *contenção externa de natureza política* como a utilização da mídia para reprovar a atuação judicial ou ainda despachos pessoais dos representantes do Poder que se sentiu coagido com os membros do Judiciário, etc. Isso favorece preventivamente que novas ultrapassagens aos liames da separação

de poderes ocorram. No item 3.3, em que se apresentou a realidade estrangeira, um exemplo bastante atual pôde ser notado. Trata-se de crítica do Poder Executivo à falta de autolimitação judicial no caso *Citzens United v. Federal Election Commission*[303], julgado pela Suprema Corte americana em 2010, cuja decisão invalidou os limites à participação financeira das empresas em campanhas eleitorais. Atuação que foi duramente criticada pelo Presidente Barak Obama, conforme estampado em reportagem no *New York Times*, de 24 de janeiro de 2010, p. A-20 (BARROSO, 2010, p. 7). Esse é um bom exemplo de situação de tensão institucional entre os Poderes constituídos do Estado que tende a impor limites à atuação judicial. É do diálogo político (*tenso* ou *amigável*) entre os Poderes que se molda, dia a dia, a relação dos *checks and balances*, tendo o Legislativo e o Executivo importante papel contentor da atividade judicial.

O mesmo pode-se dizer da *opinião pública* e da *sociedade*, os quais também exercem influência sobre as decisões judiciais, conforme constatação de Luís Roberto Barroso (2010, p. 41-44). Sempre que a postura judicial for considerada não-apropriada: ativista ao excesso – ultrapassando os limites socialmente considerados aceitáveis – ou contrária aos anseios sociais, cabe à sociedade e à opinião pública cumprirem seu papel para com a cidadania e reclamarem o retrocesso da Corte, levantando-se contra os abusos e atropelos judiciais. O exercício da opinião pública parece mais nítido, enquanto o social nem tanto, mas alguns exemplos deste podem ser lembrados: sítios jurídicos na internet, fóruns de debates, imprensa (*Idem*, p. 44), blogs pessoais, twitter, envio de e-mails, etc. Da mesma forma que atualmente são colhidas pela *net* concordâncias com projetos de lei, é possível colher e expressar a opinião social.

Em suma, a *autolimitação* conjugada com o *controle político externo* e o *controle externo da opinião pública e social* são reais limites ao ativismo judicial. Então, primeiro, o Judiciário deve buscar sua contenção com vistas a sua própria atividade não se tornar inconstitucional. Caso o controle interno não se mostre suficiente, cabe aos citados atores a contenção externa deste Poder.

3.5.5. Preservação da livre iniciativa nos desacordos morais razoáveis

A conciliação entre o pluralismo e a justiça atualmente é um dos problemas centrais da filosofia (ARAÚJO, 2009, p. 497). É também o pluralismo de concepções, ideias e valores

[303] A referência a este julgado foi citada por Luís Roberto Barroso (2010, p. 7).

sociais que desemboca na crescente dificuldade de compatibilizá-los previamente. Antônio Cavalcanti Maia (2006, p. XXXVII) identifica um "deslocamento da agenda de preocupações norteadoras das investigações teóricas", após cita apontamentos de Calsamiglia nesse contexto: "move-se o dentro de atenção dos [casos] claros ou fáceis aos casos difíceis. O que interessa não é tanto averiguar as soluções do passado, mas resolver os conflitos que todavia não estão postos" (tradução nossa). Por fim, Antônio Maia (*Idem*) ainda destaca que os *casos difíceis* (*hard cases*)[304] se apresentam quando as práticas legais existentes não fornecem uma resposta definitiva.

O neoconstitucionalismo, com a abertura axiológica da Constituição operada pelos princípios e a *derrotabilidade* destes em prol dos *ideais constitucionais*, permite a existência de valores até mesmo antagônicos em coexistência pacífica no ordenamento jurídico. Em cada caso concreto é que um princípio se relativiza para a preponderância de outro, permitindo, com isso, que se siga "mantendo a confiabilidade da Constituição apesar de suas normas poderem se ver eventualmente inadimplidas por alguma boa razão" (FIGUEROA, 2009a, p. 122). Situação que permite a convivência de uma sociedade pluralista sem que haja choques frontais entre as convicções de uma maioria e as diversas minorias existentes.

Privilegia-se, com isso, a democracia em seu sentido substancial. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 54) esse conceito é definido por sua carga própria de valores e privilegia a obtenção de consensos substantivos (procedimentais e participativos). Acrescenta o autor:

> Assim é que: uma simples vontade da maioria não ilide os argumentos das minorias (argumento contra-majoritário); a presunção de legitimidade originária, que deriva tão-somente da forma de investidura, cede ante a evidência de ilegitimidade no desempenho e na destinação do poder (argumento legitimatório); a manifestação da vontade estatal, ainda que democraticamente recolhida, se subordina à axiologia constitucional (argumento de constitucionalidade) e, ainda, a mera *representação* política do cidadão, nos legislativos e nos executivos, não mais comunica suficientemente sua vontade, tão específica e perfeitamente como pode fazê-lo a sua *participação* direta ou semidireta nos processos decisórios (argumento de ação comunicativa) (*Idem*, p. 53-54).

[304] Sobre eles divergem Dworkin e Alexy. O primeiro apresenta a figura do juiz Hércules, engajado socialmente, capaz de produzir a única decisão correta, enquanto o segundo ao contrário não acredita em uma única decisão correta, mas em uma pretensão de justiça (de correção) da atuação judicial, mas que não necessariamente leve à melhor ou à única decisão correta.

Desacordos morais razoáveis existem nas situações em que "pessoas bem intencionadas e esclarecidas", em relação a muitas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, "sem possibilidade de conciliação" (BARROSO, 2010, p. 25). Refletem temas que são controvertidos não somente no Brasil, mas em todo o mundo, como as uniões homoafetivas (ADPF 132), o aborto (ADPF 54), a eutanásia, etc. Esses desacordos são vistos como casos difíceis, os quais, por sua vez, "são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável" (BARROSO, 2007, p. 27). Para Alexy (*apud* FIGUEROA, 1998, p. 55), os casos difíceis são sensores por meio dos quais se estabelecem a natureza do direito. E esta natureza tende a mudar à medida que a pluralidade de ideias se desenvolve.

O Poder Judiciário, como típico aplicador do direito, recebe a incumbência de decidir não somente os *casos fáceis*, mas também os *casos difíceis*, os quais se resolvem partir da aferição dos princípios, responsáveis pela abertura do sistema ao conteúdo axiológico, tendo como medida, entre outros, o ônus argumentativo. Nesses casos, a interpretação da Constituição passa por uma análise tanto *legislativa*, quando da ponderação dos princípios em abstrato para a confecção de regras infraconstitucionais – que podem se tornar objeto de ações concentradas no Supremo Tribunal Federal –, quanto *judicial*, na medida em que é o aplicador do direito quem irá responder se sua existência não fere o direito de minorias (sociedade pluralista). Existe, pois, de fato uma "discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário" (ALEXY, 2008a, p. 611).

Importante trazer à baila a posição do *Justice* Antoni Scalia (informação verbal) sobre o tema esboçada em palestra proferida na Universidade de Brasília (UnB) em 2009. O Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, com sua forte posição textualista, defendendo que somente um mínimo de valoração nas decisões judiciais é necessário, afirmou que posições técnicas não trazem uma resposta correta uníssona. As respostas valorativas seriam mais adequadas em outros contextos e não no direito – nesse ponto colide frontalmente com as acepções de Alexy (2008b), MacCormick (2006) e Figueroa (2009a).

O ponto que identificado como mais relevante para o presente trabalho foram suas reflexões no sentido de que *não existe um especialista em moral*, ninguém pode dizer que um profissional do direito detém maior propriedade para decidir quais são os valores mais relevantes para a sociedade que um médico, um engenheiro, ou qualquer pessoa. Isso porque os operadores

do direito não detêm uma formação moral melhor ou pior que os outros cidadãos. Situação com a qual se concorda, mas "se ninguém pode dizer o que é *justo*, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é *jurídico*" (RADBRUCH *apud* MENDES et al., 2007, p. 124). E no Brasil esse "alguém" é, em última instância, o Supremo Tribunal Federal, o qual tem sido muitas vezes chamado a se pronunciar sobre esses desacordos relevantes – pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54); cotas raciais e sociais (ações afirmativas) (ADPF 186); etc.

Scalia continuou no sentido de que um dos argumentos para a legitimação das decisões com grande repercussão em face de forte conteúdo valorativo a ser aferido decorre do processo lógico de estruturação das decisões jurídicas. É sabido que as decisões judiciais têm fundamentação obrigatória e que essa fundamentação é a realizada a partir da estruturação encadeada de argumentos. É esse processo lógico que ele considera legitimador das decisões valorativas no direito. Então, se aproxima dos três autores citados tão-somente no que se refere à articulação lógica dos argumentos, porém não fez qualquer referência ao discurso moral ou razão prática.

O que fazer então? Qual o limite da decisão judicial? Luis Roberto Barroso (informação verbal), com concepções diametralmente opostas, debatedor nessa palestra, levantou relevante argumento sobre a legitimidade do Poder Legislativo em tomar as decisões pelos cidadãos. Argumentou no sentido de deixar as decisões com forte conteúdo valorativo e com um significativo dissenso restrito à liberdade (*autodeterminação*) de cada pessoa. Nem o Legislativo, nem o Judiciário deveriam adentrar nessa seara. O livre arbítrio deveria prevalecer nesse caso.

Essa solução, por ser a que parece mais *justa* (pois privilegia um ideal constitucional de respeito à sociedade pluralista), é a que se recomenda para esses casos cujo dissenso social/moral é relevante. Assim, o Estado preservaria o direito dos cidadãos de se autodeterminarem conforme sua própria consciência, privilegiando as várias concepções existentes em uma sociedade pluralista a partir de sua visualização como *direito de defesa* em face da organização estatal, com uma não intromissão na autodeterminação dos indivíduos (BRANCO, 2002, p. 140).

O princípio da autodeterminação ou da autonomia da vontade foi inclusive referenciado pelo Tribunal Constitucional alemão em seus primórdios (caso *Lüth*, de 1958) por ter importância à coexistência de desacordos e por ser um princípio basilar: "para uma ordenação livre e

democrática do Estado é, por excelência, um elemento constituinte, posto que permite uma contínua exposição desacordos, a luta de opiniões, (...). É, em certo sentido, é fundamento de toda a liberdade" (BVerfGE 7, 198 (208) *in* CRUZ, 2006, p. 9, tradução nossa). Em julgado anterior:

> A liberdade de espírito (*Geistesfreiheit*) é decisivamente importante para o sistema da democracia livre; é uma condição para o funcionamento dessa ordem [objetiva de valores]; ela o preserva especialmente de coagulações e traz à luz a riqueza de possibilidades de solução dos problemas. Posto que a dignidade humana e a liberdade correspondem a cada homem – os homens nisso são iguais –, o princípio do trato igual a todos é um postulado evidente para a democracia livre (BVerfGE 5, 85 (205) *in* CRUZ, 2006, p. 9, tradução nossa).

Se não é possível chegar a um consenso, o Judiciário deve, na medida do possível, privilegiar a livre iniciativa; até porque "a quase-totalidade da vida individual tem também referência de grupo, incluída a liberdade ideológica e de crenças" que lhes caibam (HÄBERLE *in* VALADÉS, 2009, p. 35).

Quanto ao ativismo, as questões com forte conteúdo moral dependem inevitavelmente da ponderação dos princípios colidentes, mas nem por isso têm um perfil aditivo ao ordenamento mas, ao contrário, tendem a não ser ativistas, pois normalmente o debate decorre da existência prévia de uma lei que veda ou regula determinada conduta[305]. O que remete à já discutida legitimidade da atuação contramajoritária (*legislador negativo*), sempre for o caso de considerar a vedação à autodeterminação estampada em uma lei contrária à Constituição. Todavia, em outro norte, caso o Judiciário, por meio da interpretação de um caso que envolva dissenso razoável, impeça determinados grupos ou classes de se autodeterminarem conforme a livre iniciativa, independentemente de vedação legal à conduta, essa postura ativista será flagrantemente ilegítima em face do ideal constitucional (Figueroa) de manutenção da pluralidade[306].

Muitos critérios têm sido apresentados para a solução desses *casos difíceis*, entre os quais a tese da *única decisão correta* de Dworkin (2002); a tese de Alexy (2008a) que engloba a *otimização* (princípios como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível), compatibilizada com a lei da colisão e com os critérios de ponderação como uma *pretensão de correção* do direito; as teses argumentativas de MacCormick (2006) e de Alexy

[305] Exemplificadamente foi assim com as células tronco (Lei nº 11.105/05); aborto de fetos anencefálicos (art. 124 a 128 do Código Penal); cotas raciais (atos internos de Universidades Públicas).
[306] Por óbvio, também será inconstitucional em face do consagrado princípio da reserva legal (art. 5º, *caput* e inciso II da CF/88).

(2008b), entre diversas outras. O presente trabalho não teve a pretensão de esgotar esse tão discutido tema do novo paradigma filosófico do direito constitucional, mas tão-somente expressar alguns critérios limitadores da atuação judicial nessa seara.

3.5.6. Realização do mais amplo debate social

Consoante já demonstrado, os princípios permitem uma abertura do direito, sobretudo da Constituição, aos valores sociais, além de asseverarem uma pretensão de justiça através da argumentação jurídica e de sua ponderação. Mas para que, de fato, os juízes possam identificar quais são esses valores e assim encontrar os *ideais constitucionais* (FIGUEGOA, 2009a, p. 125) devem levar em consideração o que realmente a sociedade pensa e não o que eles pensam ou desejem que ela pense, pois as normas constitucionais, nas palavras de Peter Häberle (*in* VALADÉS, 2009, p. 42), "não podem interpretar-se de maneira, por assim dizer, autônoma, só *em si* e *de per si*, mas devem situar-se, desde o princípio, em seu contexto cultural".

Häberle, autor alemão de importantes e inovadoras obras de Direito Constitucional, teorizou, segundo Paulo Bonavides (2009, p. 509), "o método concretista da 'Constituição aberta'", o qual utiliza preceitos da *tópica* com o escopo de promover a "democratização do processo interpretativo, que já não se cinge ao corpo clássico de intérpretes do quadro da hermenêutica tradicional mas se estende a todos os cidadãos". Longe de pretender o aprofundamento neste método interpretativo, a avaliação que agora se propõe busca fundamentos nesse autor alemão, com o foco na demonstração da necessidade da interpretação do direito[307] levar em conta o que realmente pensa a sociedade.

Nessa perspectiva, é crescente o reconhecimento de que "se faz necessário questionar os próprios modelos de jurisdição constitucional (...), e *abrir* a sociedade dos intérpretes da Constituição, em ordem a estimular o diálogo *jurídico* (Häberle) – e mesmo *político* – entre os seus tradutores oficiais e os diversos segmentos da sociedade civil" (MENDES *et al*., 2007, p. 132). Com isso, é possível tentar diminuir o *déficit* de legitimidade democrática que é inerente à atividade jurisdicional.

[307] Não só constitucional, mas do direito como um todo, pois, conforme demonstrado, toda a interpretação passa necessariamente pela Constituição, de forma direta ou indireta.

Peter Häberle (*in* VALADÉS, 2009, p. 43) propôs em 1975 um "paradigma", o da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais. Segundo suas próprias palavras em entrevista recente, queria expressar o seguinte:

> quem tem relação com as formas, participa também, de maneira consciente ou inconsciente, de sua interpretação. O cidadão que interpõe um recurso de amparo e o partido que promove um processo perante o Tribunal Constitucional influenciam finalmente na interpretação das normas constitucionais. (...) Em todo caso, os juristas não têm o monopólio definitivo na arte da interpretação constitucional (*Idem*, p. 43-44).

O destinatário da norma é participante ativo de sua interpretação, "muito mais ativo que se pode supor tradicionalmente" (HABERLE, 2002, p. 15). Segundo ele, não há como fixar com *numerus clausus* a quantidade de interpretes da Constituição; cidadãos, grupos, órgãos estatais, o sistema público, a opinião pública "representam as forças produtivas da interpretação", "são intérpretes constitucionais em sentido *lato*" (*Idem*, p. 13-14). Assim, os órgãos estatais e as "pessoas interessadas" da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes da Constituição (*Idem*, p. 18). Destarte, a interpretação constitucional "não é um 'evento exclusivamente estatal', seja do ponto de vista teórico , seja do ponto de vista prático" (*Idem*, p. 23). A sociedade é, pois, composta por diversos intérpretes: *formais* e *não formais*.

Dessa forma, é possível a legitimação democrática da interpretação constitucional[308]. Na opinião de Häberle (*Idem*, p. 36), a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições); ela se desenvolve também "por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais". Isso demonstra a legitimação de muitas das ações desenvolvidas na presente pesquisa. O Judiciário pode, e muitas vezes deve, encarar a realização da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais como uma tarefa cuja legitimidade, dentro dos termos expostos anteriormente, se retira da própria prática constitucional, pois a democracia "desenvolve-se sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade" em que o povo "não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição"; ele é também "um elemento pluralista para a interpretação" (HABERLE, 2002, p. 36-37).

[308] Que, como dito, no Brasil, não é formalmente exercida só pelo Supremo Tribunal Federal, mas por todos os órgãos de jurisdição. Além de todos os órgãos estatais não jurisdicionais, mas isso não vem ao caso.

Dessa forma, os direitos fundamentais "são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes" (*Idem*). Constatações que se mostram nitidamente importantes em um ambiente pluralista de sociedade. Nessa direção, Paulo Bonavides (2009, p. 514) destaca passagem de Häberle em obra não traduzida de forma que "uma teoria democrática da Constituição é em si e por si pluralista num duplo sentido: sua teoria da Constituição se combina com uma teoria científica e social do pluralismo e permanece como tal contrária ao antipluralismo de toda espécie".

É com essas considerações que se tece o penúltimo limite à atuação do Judiciário na perspectiva do neoconstitucionalismo. Considerando que o sentido da Constituição em verdade "é aquele fixado pela jurisdição constitucional" (MENDES *et al*., 2007, p. 131), este Poder, em todas as suas esferas de atuação e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, deve tentar captar os valores sociais em sua prática funcional.

Essa percepção se processa, no âmbito dos processos de índole objetiva que correm no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Justiça (tendo como parâmetro a Constituição Estadual), por meio da participação da sociedade civil organizada, pesquisadores, membros do governo, etc. como *amicus curiae*, da realização de audiências públicas, etc.. No âmbito da jurisdição ordinária, pela efetiva proximidade do juiz com as partes, testemunhas, peritos, etc. Somente um juiz que olha para a realidade pode mostrar, ao menos em sua percepção pessoal, como ela é. Nessa direção, Häberle (2002, p. 24) assinala que "também nas funções estatais (Legislação, Governo, tal como a Administração e Jurisdição) e nas relações a elas subjacentes não se pode perder de vista as pessoas concretas".

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, segundo Werneck e outros (1999, p. 146), não atua isoladamente no mundo; junto a ele está a comunidade dos intérpretes, que "o mobiliza constantemente, levando-o à jurisdição de todos os recantos da vida social, e que, com isso, também atua no sentido de transformá-lo". Isso porque "o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade" (HÄBERLE, 2002, p. 31).

No Brasil, parece que 'as coisas' caminham nesse sentido. Para Cláudio Pereira de Souza Neto (2003, p. 55), "observa-se, na ordem constitucional brasileira, a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição". Nesse norte, verifica algumas criações normativas

são responsáveis por isso, entre elas a ampliação dos legitimados para a propositura das ações concentradas (art. 103 da CF/88); a previsão para a participação da sociedade como *amicus curiae* nesses processos (art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99); a possibilidade de pronunciamento de perito ou comissão de peritos (art. 9º, §§ 1º a 3º da Lei 9.868/99); a previsão de realização de audiências públicas (mesmos artigos da Lei 9.868/99); o pedido de informação de outros tribunais nos processos que assim exijam (mesmos artigos). Com isso, privilegia-se a democracia, porquanto "a ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional tem justamente como função racionalizar e legitimar as decisões de nossa Corte Constitucional" (*Idem*, p. 55)[309].

Uma constatação empírica comprova a ampla participação da sociedade, como *amicus curiae*, nas grandes discussões acerca da interpretação constitucional[310]. Outra medida que recentemente foi implementada pelo Pretório Excelso refere-se às *audiências públicas*. Algumas delas já foram realizadas (saúde, aborto de fetos anencefálicos, importação de pneus usados, cotas raciais e sociais). A sociedade civil também ganha espaço com a realização dessas audiências[311]. Iniciativas como estas são totalmente compatível com a democracia em sua visão

[309] Em que pese sua concordância com a ampliação da participação da sociedade e com os acertos legislativos nesse sentido, o autor tece uma crítica ao Supremo Tribunal Federal a esse respeito, qual seja, a utilização do critério da pertinência temática como limitação à legitimidade para a propositura das ações de índole objetiva. Nessa perspectiva, o STF "não tem mostrado comprometimento com essa nova realidade" (SOUZA NETO, 2003, p. 56). Todavia, é possível discordar desse argumento com um simples contra-argumento de que essas limitações podem mostrar-se compatíveis com o gigantesco volume de ações que são julgadas na Corte. Uma situação é a ideal, outra é a real.

[310] Nesse sentido, observam-se maciços requerimentos de participação da sociedade civil organizada como *amicus curiae* em processos de discussão de seu interesse. A título exemplificativo dessa constatação, vide as seguintes participações dessa natureza. Na ADI 3510 (pesquisas com células-tronco embrionárias): CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO; CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Conforme informações constantes no sítio oficial do STF: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631**.** Acesso em 30.08.2010. Na ADPF 186 (cotas raciais e sociais): EDUCAFRO - EDUCAÇÃO E CIDADANIA DE AFRO-DESCENDENTES E CARENTES; FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES; MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO – MNU; MOVIMENTO PARDO-MESTIÇO BRASILEIRO – MPMB; FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO – FUNAI; INSTITUTO DE ADVOCACIA RACIAL E AMBIENTAL - IARA E OUTRO(A/S); DEFENSORIA PUBLICA DA UNIÃO; MOVIMENTO CONTRA O DESVIRTUAMENTO DO ESPÍRITO DA POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES FEDERAIS; INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E DEFESA COMUNITÁRIA POPULAR – IDEP. Conforme informações constantes no sítio oficial do STF: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269. Acesso em 30.08.2010.

[311] Na ADPF 186, que enfrenta o tema das cotas raciais e sociais (ações afirmativas), por exemplo, houve 252 pedidos de pronunciamento na audiência pública realizada de 03 a 05 de março de 2010, dos quais se pronunciaram os seguintes representantes de movimentos sociais, instituições e pesquisadores: Ministro Edson Santos de Souza -

pluralista e, por isso, recomendáveis. Com elas, as decisões do Supremo Tribunal Federal apresentam-se mais próximas da democracia, a qual, como asseverou Häberle (2002, p. 36), não se limita apenas às eleições.

3.5.7. Efetiva da sabatina dos magistrados no Senado Federal

Há quem considere ser mais fácil saber o voto ou uma decisão pelo nome do juiz do que pela tese jurídica aplicável (BORK *apud* BARROSO, 2010, p. 31). Jeffrey Toobin (2007)

Secretaria Especial de Políticas de Promoção de Igualdade Racial (SEPPIR); Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) – Erasto Fortes de Mendonça - Doutor em Educação pela UNICAMP e Coordenador Geral de Educação em Direitos Humanos da SEDH; Ministério da Educação (MEC); Secretária Maria Paula Dallari Bucci; Fundação Nacional do Índio (FUNAI) – Carlos Frederico de Souza Mares; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – Mário Lisboa Theodoro - Diretor de Cooperação e Desenvolvimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA; Democratas (DEM) - ADPF 186 – Advogada Roberta Fragoso Menezes Kaufmann; Universidade de Brasília (UnB) – José Jorge de Carvalho - Professor da Universidade de Brasília – UnB; Presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal - Senador Demóstenes Torres; Wanda Marisa Gomes Siqueira – Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Reserva de Quotas Sociais; Sérgio Danilo Junho Pena – Médico Geneticista formado pela Universidade de Manitoba, Canadá; George de Cerqueira Leite Zarur – Antropólogo e Professor da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais; Eunice Ribeiro Durham – Antropóloga; Ibsen Noronha – Professor de História do Direito do Instituto de Ensino Superior de Brasília - IESB – Associação de Procuradores de Estado (ANAPE); Fundação Cultural Palmares - Luiz Felipe de Alencastro - Professor Titular da Cátedra de História do Brasil da Universidade de Paris-Sorbonne; Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo – Kabengele Munanga - Professor da Universidade de São Paulo (USP); Conectas Direitos Humanos (CDH) – Oscar Vilhena Vieira - Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP); Leonardo Avritzer - Professor de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS) – José Vicente - Presidente da AFROBRAS e Reitor da Faculdade Zumbi dos Palmares; Fábio Konder Comparato – Professor Titular da Universidade de São Paulo - USP; Fundação Cultural Palmares – Flávia Piovesan - Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Ação Educativa – Denise Carreira - Relatora Nacional para o Direito Humano à Educação; Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN) – Marcos Antonio Cardoso - Coordenação Nacional de Entidades Negras (CONEN); Geledés Instituto da Mulher Negra de São Paulo – Sueli Carneiro - Doutora em Filosofia da Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo; Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Florianópolis Carlos Alberto da Costa Dias; José Roberto Ferreira Militão; Serge Goulart - autor do livro "Racismo e Luta de Classes"; Movimento Negro Socialista – José Carlos Miranda; Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e Associação dos Caboclos e Ribeirinhos da Amazônia (ACRA) – Helderli Fideliz Castro de Sá Leão Alves; Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES) – Professor Alan Kardec Martins Barbiero; União Nacional dos Estudantes (UNE) - Augusto Canizella Chagas – Presidente da União Nacional dos Estudantes (UNE); Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) – João Feres - Mestre e Doutor em ciência política pela *City University of New York* (CUNY); Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) – Professor Renato Hyuda de Luna Pedrosa **-** Coordenador da Comissão de Vestibulares da Universidade Estadual de Campinas; Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) – Pró-reitor de Graduação Professor Eduardo Magrone; Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) – Professora Jânia Saldanha; Universidade do Estado do Amazonas (UEA) – Vice-Reitor Professor Carlos Eduardo de Souza Gonçalves; Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) – Professor Marcelo Tragtenberg; Associação dos Juízes Federais (AJUFE) - Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Informação disponível no sitio oficial do STF: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico= processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa. Acesso em 30.08.2010.

inclusive apresentou recentemente um estudo sobre a relação do perfil dos Ministros da Suprema Corte, incluídas suas convicções políticas, com as decisões proferias por eles.

Nesse contexto, apesar do *realismo jurídico*[312] e da *teoria crítica*[313] terem retrocedido nas últimas décadas, recentemente estudos empíricos encabeçados por Cass Sustein, "recolocam no centro do debate jurídico o tema dos valores, preferências e ideologia do juiz" (BARROSO, 2010, p. 31). Teorias que são confrontadas pelo *formalismo jurídico*[314]. Nessa paisagem, Luís Roberto Barroso (*Idem*, p. 28-30) propõe uma teoria eclética entre o *modelo cético* (realismo jurídico e teoria crítica) e o *modelo idealizado* (formalismo jurídico), um *modelo real* que tem a pretensão de separar o direito da política e da visão pessoal do juiz, mas não as despreza.

Nessa concepção, Luís Roberto Barroso (*Idem*, p. 28-43) constatou que existem diversos *fatores extrajurídicos* capazes de repercutir em maior ou menor grau sobre nas decisões judiciais. Fatores como os valores pessoais do juiz, as relações do Judiciário com outros atores políticos, a opinião pública, etc. têm real afetação nas decisões. Um desses aspectos, que foi algumas vezes frisado, refere-se às pré-compreensões do juiz. Sua visão de mundo, seus valores, suas ideologias refletem em sua atividade profissional, influenciando a construção da decisão judicial. Em uma multiplicidade de hipóteses, "é o juiz que faz a escolha do resultado, à luz de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos". É claro que, como dito e proposto, há meios de limitar a subjetividade dessas escolhas.

Um desses meios – e o último a ser apresentado – diz respeito a uma situação prévia à escolha dos magistrados que comporão as Cortes com maior grau na hierarquia dos órgãos judiciais (STF, STJ...): a *arguição pública* pelo Senado Federal para a aprovação dos nomes indicados pelo Presidente da República para a ocupação vitalícia do cargo (art. 52, III, 'a' da CF/88). Após a arguição pública (sabatina) desses indicados, o Senado por meio de votação secreta aprova ou desaprova o nome. É só então que o Presidente o nomeia.

---

[312] Leva em conta a realidade; "equipara o direito ao voluntarismo" (BARROSO, 2010, p. 4); proclama "que as decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes" (*Idem*, p. 29). Tanto o realismo jurídico quanto a teoria crítica procuram descrever o mundo jurídico e as decisões judiciais como são, e não como deveriam ser (*Idem*).

[313] Visualizam a proeminência absoluta do elemento político, sustentando "que as decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade" (BARROSO, 2010, p. 30-31).

[314] Com uma visão "idealizada" do mundo, prevê a existência de um muro divisório entre o direito e a política, entre a vontade do julgador e a decisão judicial (BARROSO, 2010, p. 4).

Justice Antonin Scalia na já referida palestra ministrada na Universidade de Brasília em 2009 propôs uma sugestão que deve ser incorporada ao presente estudo. Referindo-se aos Estados Unidos, informou o crescimento da importância da sabatina do Senado aos Ministros da Suprema Corte americana no contexto atual em que os aspectos morais, sobretudo nos casos difíceis, ganham relevo nas decisões do Tribunal. Há casos em que a arguição pública demora mais de três dias. Os candidatos ao cargo são 'bombardeados' com questões morais, sua posição moral precisa ficar clara para o Senado. Em sua história houve inclusive reprovação de um nome indicado.

Enquanto no Brasil, a arguição se desenvolve em algumas horas, sem muitas questões morais[315], cujo escopo parece ser muito mais formal que substancial. Como a sabatina faz parte de um controle recíproco entre os Poderes estatais, mais especificamente do Legislativo sobre o Judiciário, propõe-se que ele seja efetivamente realizado pelos Senadores. Com vistas a se manter um controle efetivo dos nomes propostos pelo Presidente da república. O que se mostra essencial na realidade contemporânea em que as decisões judiciais ganham a agenda das preocupações teóricas e sociais (MAIA, 2006, p. XXXVII).

Haveria ainda outras formas a ser discutidas acerca da limitação da atuação judicial, como a eleição dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal[316], ou sua seleção por concurso público[317], vitaliciedade versus mandatos temporários, etc. ou outras questões que tangenciariam o tema relativo à participação da sociedade na interpretação da Constituição, como a educação constitucional[318], por exemplo; ou ainda temas relativos ao processo (político) de seleção dos membros dos Tribunais de Justiça, muitas das vezes com participação (política) externa ao Tribunal, como a OAB no caso dos quintos, o processo (ainda mais político) de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores, o próprio

[315] A última arguição pública realizada foi para a sabatina do atual Ministro Dias Toffoli. Houve questionamentos sobre sua opinião acerca de assuntos morais, aí incluídos o aborto e o casamento entre homossexuais, a adoção de crianças por casais homoafetivos, mas não teve a profundidade com que os debates americanos são conduzidos. Fonte: *Toffoli não evita assuntos polêmicos e garante que agirá de acordo com a Constituição*. Notícias, Senado Federal, Brasília, 30.09.2009. Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=95938&codAplicativo=2>. Acesso em 31 ago. 2010.

[316] Sobre o tema, ver Häberle (*in* VALADÉS, 2009, p. 46-50).

[317] Um breve comentário a respeito: a escolha dos Ministros do STF por concurso, como chegaram a prever as primeiras ideias liberais dos formuladores da Constituição de 1891 (SILVEIRA, 2006, p. 223), seria capaz de demonstrar a capacidade técnica dos candidatos, mas não de mostraria um método eficaz para aferia *os atributos morais* de seus postulantes.

[318] Regina Quaresma e Lúcia Oliveira (2009, p. 891) referem-se rapidamente ao tema.

desenvolvimento das relações internas de poder (política interna) dentro das Turmas, Câmaras ou Seções dos Tribunais; no entanto, a objetividade científica não permite abrir demasiadamente o objeto pesquisado sob pena de perder em profundidade, ganhando ares manualescos.

3.5.8. Considerações finais

Por fim, as constatações de que *não há como se afastar de um mínimo de pessoalidade e subjetividade* do julgador, de que as configurações atuais da *separação de poderes* e da *democracia* diferenciam-se de momentos anteriores, bem como de que o *novo modelo de constitucionalismo* promove o desenvolvimento de novas teorias, ideologias e metodologias constitucionais desembocam em um *novo perfil para a legitimidade*.

O Estado contemporâneo "pressupõe níveis de legitimidade antes ignorados"; surgem novas demandas, exigências, desafios, os discursos dos sentimentos, dos impulsos, da valorização das subjetividades, o voluntarismo político de atores judiciais, o comprometimento de outros, posturas intuitivas, outras até destrutivas, participação, cidadania, globalização, mutações, horizontalização do poder, novos paradigmas de legitimação que transcendem a legalidade, tudo isso deve ser analisado pelos atores do sistema judicial (OSÓRIO, p. 61, nota 2). Nesse cenário e nesse exato momento, a legitimidade da atuação *estatal* está sendo (re)construída.

É possível então responder à última pergunta formulada no início dessa pesquisa (*Há possibilidade de uma posição eclética entre o ativismo e o textualismo/originalismo, que encontre legitimidade em certas atuações ativistas e em outras não?*). É na perspectiva *moderada* ou *minimalista* de neoconstitucionalismo acima destrinchada que se propõe entender a legitimidade da atuação judicial e interpretar o vetusto dogma da separação de poderes, que, nas palavras de Inocêncio Coelho (2002, p. 99), sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, não apenas pela ação do Legislativo ou pelo intervencionismo igualitarista do Executivo, mas também pela atuação do Judiciário e das Cortes Constitucionais "politicamente engajadas no *alargamento* da cidadania e na *realização* dos direitos fundamentais". Propõe-se, pois, uma posição eclética que analisa a legitimidade da atuação judicial a partir das circunstâncias teóricas e fáticas que se lhe colocam.

Cabe a nós, operadores do direito e participantes sociais, participar da (re)construção desse novo modelo de legitimidade, sobretudo com críticas sérias e serenas.

A atuação judicial na defesa da Constituição deve ser forte e vigorosa, porém limitada. Limites, *sim*, passividade e distância dos problemas sociais, *não*! Para finalizar como começamos, a mesma citação de Bobbio (2002, p. 61):

> *Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com a incredulidade, com a indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.* (!!!)

CONCLUSÃO

1. A investigação teve início com o estudo do fenômeno do *poder*. Demonstrou-se sua origem inalcançável e conatural ao homem. As características mais importantes ao objeto pesquisado foram sua natureza relacional, a possibilidade de determinação da vontade alheia e sua natureza móvel, inapropriável; poder é exercido, visto que *só existe em ação*. Desenvolve-se nas lutas diárias pelo seu exercício.

2. O p*oder político* é a relação de poder exercida em uma sociedade, impondo a vontade ao grupo social; emana do corpo social e o direciona. Com a criação do Estado ocorre o fenômeno da *jurisfação do poder*, que diz respeito à limitação do próprio poder político (criador) pelo direito (criatura). O *Poder Constituinte*, expressão do poder político, é a força política, consciente de si, que resolve regular a atividade estatal e o modo de convivência da comunidade política. O *poder público* ou *estatal* é a institucionalização do poder político. A sua criação pela Constituição não finaliza a existência do poder político, uma parte do poder se juridiciza, outra não; permanecendo um poder extraestatal. A *soberania* também é uma das formas de expressão do poder político que diz respeito ao poder sobre o qual não existe qualquer outro na detenção do monopólio da força. A soberania serviu de fundamento para apoiar o poder monárquico, bem como para construção do modelo que se lhe opôs.

3. As várias concepções de poder estudadas demonstraram que o poder não é totalmente limitado pelo direito, coexistem ao poder estatal forças políticas extraestatais (grupos de pressão, forças sociais, etc.), as quais influenciam o poder estatal. Assim, a divisão do poder estatal será influenciada por dois fatores: um interno, o poder estatal, exercido pelos três Poderes, outro externo, o poder extraestatal, que exerce influência na configuração interna do Estado e em sua relação com a sociedade.

4. O princípio da separação de poderes tornou-se clássico com a sua sistematização moderna por Montesquieu. Chegando a alcançar o patamar de dogma constitucional. Mas o vetusto dogma entra em crise.

5. Na configuração clássica de Montesquieu, o juiz não era mais que *a boca que pronunciava as palavras da lei* e o Poder Judiciário era *nulo* na distribuição de poderes. Era um poder técnico que se colocava fora das disputas de poder. Sua teoria já previa um sistema de controle dos demais Poderes. Mas a sociedade muda e o direito também.

6. Já na origem do constitucionalismo moderno, com a Revolução Francesa e a independência dos EUA, a tripartição do poder mostra nuances bem distintas. Na França, tenta limitar o Executivo absoluto, deste lado do atlântico se opõe ao legislador tirânico do Império. Ou seja, nem mesmo em sua origem o referido princípio mantém um formato pré-estabelecido. Ele se molda conforme as configurações do poder.

7. No sistema francês reina a supremacia do legislador; a lei ganha status nunca visto na história. A lei ganha características quase místicas, por ser a expressão da vontade popular. O que resulta no enorme prestígio do Parlamento e sua *supremacia* em relação aos demais Poderes. No sistema americano, uma luta de forças entre os recém criados Executivo e Judiciário resulta no primeiro precedente do *judicial review.* O Judiciário, e a Constituição através dele, se afirmam.

8. A história mostrou diversas alterações tanto na sociedade quanto do princípio da separação de poderes ao longo do tempo. Alterações que resultam na conclusão de que o núcleo essencial desse princípio não é estático, mas varia a cada momento histórico; é, portanto, dinâmico.

9. O princípio da separação de poderes não veda o ativismo judicial em todas as suas vertentes, mas tão-somente o que estiver incompatível com sua leitora momentânea. A afirmação vaga de que o ativismo fere o princípio da separação de poderes não se coaduna com a percepção elástica deste princípio, que é moldado pela Constituição segundo a forma exata que entende cabível.

10. No Brasil, o princípio da separação de poderes esteve expressamente presente em todas as Constituições, com exceção à de 1937. Ao longo de sua história não houve uma divisão equilibrada do poder. O que demonstra a conclusão anterior de que não há uma fórmula matemática para a separação de poderes. Não houve uma configuração retilínea para a tripartição; foram sempre *as redes de poder* que construíram em cada época os moldes da separação de poderes.

12. A partir da análise histórica algumas conclusões parciais foram apresentadas: a) a divisão do poder do Estado oscilou substancialmente no caminhar das Constituições, ora com predomínio esmagador do Executivo, ora com um respiro do Legislativo; b) O Judiciário, veio ao longo do tempo em um crescente ganho de independência e poder político em face dos demais, com exceção de dois longos períodos de retração em momentos ditatoriais (Estado Novo e

Ditadura Militar); c) Com a Constituição de 1988, verifica-se a época de maior valorização política deste Poder, visualizável principalmente pelo aumento de sua *competência* e de sua *visibilidade na opinião pública*.

13. Antes de adentrar no neoconstitucionalismo se fez necessário o delineamento de alguns conceitos: judicialização, judicialização da política e ativismo judicial. Este é uma *postura* dos magistrado, enquanto a judicialização (das relações sociais ou da política) é um *fato*.

14. Apesar dos conceitos diferenciados e muitas vezes divergentes para o ativismo judicial, com vistas a delimitar o objeto estudado foi proposto um conceito de ativismo judicial: *atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).*

15. Algumas crises constitucionais demonstram o interesse pelo objeto proposto. O principal dilema que aflige o Direito Constitucional contemporaneamente – não só no Brasil, mas em todo o mundo ocidental – passa por dois pontos: 1) a atuação ativa do Poder Judiciário, com sua maior participação tanto na vida da sociedade quanto na política e 2) a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter prestacional ou sociais. O estudo propõe algumas soluções a esses dilemas.

16. O neoconstitucionalismo surge no segundo pós-guerra como forma de adaptação do direito a uma *nova ordem mundial*, que não queria vivenciar novamente as barbáries realizadas à época em nome do direito. Com o julgamento de Nuremberg, condena-se não só o alto escalão do governo Hitler, mas também um regime sem qualquer pretensão de justiça em sua concreção. O positivismo – em sua visão exclusiva – tem os seus dias contados. O direito passa a ter uma *pretensão de correção*, pretende impor a justiça por meio do direito. Com isso, estabelece-se uma conexão necessária entre o direito e a moral que permite a abertura do sistema aos valores sociais.

17. O neoconstitucionalismo estabelece pensamentos teóricos, ideológicos e metodológicos que se diferenciam do constitucionalismo clássico. Com ele uma nova corrente jusfilosófica ou teórica se desenvolve: o *pós-positivismo* ou *não-positivismo*, cujas características

podem ser resumidas como: a) ampliação valorativa da Constituição e, posteriormente, do sistema jurídico; b) princípios vistos como normas jurídicas; c) distinção entre princípios e regras; d) Constituição como principal sede de princípios e como centro do ordenamento jurídico; e) fixação do conteúdo da norma pelo intérprete e, também em decorrência disso, mudança de foco do Legislativo para o Judiciário.

18. O novo constitucionalismo, além do pós-positivismo como sua base filosófica, ainda apresenta as seguintes marcas essenciais: o *Estado Constitucional Democrático*; a *concretização* da Constituição, no que se refere à eficácia de suas normas; a *dignidade da pessoa humana* como valor central do ordenamento e a constitucionalização do direito.

19. Unindo-se todos esses pontos, verifica-se uma real mudança de foco do Legislativo para o Judiciário, promovendo os fenômenos como a *judicialização*, a *judicialização da política* e a *sobreinterpretação* da Constituição.

20. No Brasil, esse novo pensar constitucional foi recepcionado pelos constitucionalistas após a promulgação da Constituição de 1988, em meados da década de noventa. Contudo, esta Carta – mesmo sem saber – foi nitidamente construída com ideias pluralistas e principiológicas que o informam.

21. O resgate da história constitucional brasileira serviu de fundação para a construção do argumento acerca da impossibilidade de se estabelecer um conceito universal para a separação de poderes – cujo núcleo essencial se mostra em cada momento histórico e em cada sociedade. Também ajudou a demonstrar que a Constituição vigente estabeleceu a) uma *independência* inigualável do Poder Judiciário e b) um aumento significativo de competências do Supremo Tribunal Federal. O que demonstra um interesse do Constituinte em dotar este Poder de força suficiente para a solução dos problemas que lhe são postos.

22. Demonstrou-se que o Brasil vive atualmente em um cenário de *centralidade da Constituição*, *constitucionalização do direito*, *judicialização das relações sociais* e *da política*. O que favorece o ativismo judicial, contudo não o gera necessariamente, porquanto a posição ativista ou não-ativista do Judiciário depende da postura de seus membros.

23. Uma situação que se relaciona com o cenário descrito refere-se ao espaço participativo e criativo do intérprete na interpretação/concreção da norma jurídica. No País, ao mesmo tempo que a teoria aceita a) a construção do significado pelo intérprete, b) a

impossibilidade antropológica de um juiz (ou qualquer indivíduo) neutro, c) a relevância de suas pré-compreensões para o processo interpretativo; a mesma doutrina visualiza limites interpretativos e argumentativos que permitem manter a segurança jurídica e a objetividade do sistema.

24. Tudo isso conduz a uma atuação do Judiciário diferente da até então vista. O Poder técnico, distante da sociedade, apático aos seus problemas, 'cego' se aproxima dos anseios sociais e passa a ser o grande responsável por dizer o que é a Constituição e quais são os *ideais constitucionais*. Contemporaneamente, ele atua realmente como um dos Poderes estatais.

25. Após a confrontação das correntes procedimentalistas e substancialistas, a pesquisa filiou-se a estas. Mas não é uma vinculação teórica que faz com que o pesquisador fique às escuras em relação à realidade estudada. Logo, as tensões existentes nesse panorama de expansão judicial foram enfrentadas. Sem se referir especificamente ao ativismo judicial, demonstrou-se com apoio doutrinário que a legitimidade da atuação atual do Judiciário decorre da *própria Constituição*, dos princípios procedimentais da *máxima efetividade* e da *aplicabilidade imediata* que resultam na efetividade concreta das normas constitucionais e da dogmática constitucional.

26. Foram analisadas as experiências estrangeiras da Índia, África do Sul, Estados Unidos da América, Alemanha, Itália e Espanha. Não possível concluir por uma resposta antecipada pelo acerto ou desacerto do ativismo judicial para as sociedades estudadas. Todos eles têm situações em que o ativismo ajudou o desenvolvimento da sociedade – e foi até necessário em dados momentos –, mas na Índia e nos Estados Unidos, por exemplo, há ocorrências contrárias.

27. Com o escopo de verticalizar a abordagem sobre o ativismo judicial, as seguintes hipóteses foram investigadas: 1) *as decisões que aplicam regras a partir de um processo subsuntivo*; 2) *as decisões que de alguma forma ponderam princípios em colisão*; 3) *as espécies decisórias no controle de constitucionalidade*; 4) *as decisões em causas políticas;* 5) *as decisões relacionadas às políticas públicas, aos direitos fundamentais prestacionais e às omissões inconstitucionais* e 6) *as súmulas vinculantes*. A expansão judicial em face do vácuo de poder deixado pela crise de representatividade do Legislativo também foi analisada.

28. As críticas acerca da possibilidade de um governo de juízes ou de uma hegemonia ou onipotência do Poder Judiciário, podendo se tornar um *Superpoder* chamam o tema à reflexão e aos cuidados com as teorias e práticas extremadas.

28. Por fim, a investigação propôs limites internos e externos alguns limites ao ativismo judicial com o escopo de evitar eventuais distúrbios decorrentes de um neoconstitucionalismo maximalista ou de um pós-positivismo exacerbado, são eles: 1) *o próprio direito*; 2) *as teorias interpretativas e argumentativas*; 3) *a autocontenção Judicial*; 4) *a pressão política dos atores sociais: estatais e não estatais*; 5) *a preservação da livre iniciativa nos desacordos morais razoáveis*; 6) *a realização do mais amplo debate social* e 7) *a realização efetiva da sabatina dos magistrados no Senado Federal*.

30. É na perspectiva *moderada* ou *minimalista* de neoconstitucionalismo que se propõe entender a legitimidade da atuação judicial. Há práticas ativistas do Judiciário que se mostram *legítimas*; outras, *não*. O que demonstrará a diferença são as situações teóricas e fáticas que as geraram, fundamentadas por meio da argumentação jurídica. Não há, pois, como se dizer em tese que o ativismo judicial é ilegítimo. Propõe-se, pois, uma posição eclética entre o ativismo exacerbado e o textualismo/originalismo que analisa a legitimidade da atuação judicial a partir das circunstâncias teóricas e fáticas que se lhe colocam.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AGUIAR, Roger Silva. *O Positivismo e o Pós-positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro*. *in* MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos:* os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004, p. 144-188.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Derecho y corrección*. *in* ALEXY, Robert. *La institucionalizacion de la justicia*. Tradução para o espanhol de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 31-48.

_____. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008a.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução para o espanhol de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008b.

ALMEIDA, Luis Nunes de. El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, Madrid, n. 60-61, abr./set. 1988.

AMORIM NETO, Octavio e Tafner, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582002000100001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 15 ago. 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A minha pré-compreensão do ato de julgar*. 24 dez. 1997. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%c3%a9-Compreens%c3 %a3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em 07 jun. 2010.

Após 20 anos, suposta fraude de Jobim à Constituição ainda gera polêmica. Notícia. Disponível em <http://www.profpito.com/Apos20anossuposta.html>. Acesso em 05.08.2010.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Desacordo moral e aceitabilidade racional*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Márcio (orgs.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo:Saraiva, 2009, p. 497-509.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

_____. *Sobre a violência*. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Atiel, 2004.

_____. *Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho? in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 455-484.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* – t. II. São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As novas perspectivas da soberania*. Reflexos no direito interno, no direito internacional e no direito comunitário. *in* TÔRRES, Heleno Távora (coord.). *Direito e poder*: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, p. 335-389, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*: direito e política no Brasil contemporâneo. 2010. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/ constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 30 mai. 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *Gestão de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco*: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *in* CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de Constitucional*: direitos fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 87-114.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Atualidades Jurídicas - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan-fev, 2009. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/123506667017421818 1901 .pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2009b.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XXIII, nº 1. São Paulo: Editora NDJ, jan-2007, p. 20-49.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAXI, Upendra. O Estado de Direito na Índia. *Sur*: *Revista internacional de direitos humanos*, vol. 4, n. 6, São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php ?pid=S1806-64452007000100002&script=sci_arttext#tx>. Acesso em 15.04.2010.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*: lições de propedêutica jurídica. 3ª ed. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

BHAGWATI, Praiullachand Natwarlal. Judicial Activism in India. *Gargoyle*. Madison, v. 17, Issue 1, 1985. Disponível em <http://www.law.wisc.edu/alumni/gargoyle/archive/17_1/gargoyle_17_1_3.pdf>. Acesso em 15 abr. 2010.

BINCHY, William. *The Supreme Court of Ireland*. *in* DICKSON, Brice. *Judicial activism in common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 169-216.

BLASI, Vicent. A Corte Suprema: instrumento de mudança. *Revista Diálogo*, n. 2, v. 18, p. 5 e ss., 1985.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *A interpretação da Constituição*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 693-735.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos Direitos Fundamentais*. *in* MENDES *et al*. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 103-196, 2002.

Brasil deve eliminar miséria até 2016, diz Ipea. Notícia, Jornal Estado de São Paulo, 13 jul. 2010. Disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia+brasil,brasil-deve-eliminar-miseria-ate-2016--diz-ipea,not_27206,0.htm>. Acesso em 23 ago. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Margarida e TAVARES, Rodrigo. *As várias faces do neoconstitucionalismo*. *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 355-370.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1993; 6ª ed., 1996.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Das Constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, Brasília, n. 5, p. 80-89, jan./mar. 2005. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewPDFInterstitial/462/419>. Acesso em 10 mai. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991a.

_____. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991b.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, a. II, v. 3, jan./jun. 1961, p. 37-73.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARDOSO, Fernando Henrique e MARTINS, Carlos Estevam. *Política & sociedade*. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci_arttext>. Acesso em 10 ago. 2010.

CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro. Quem tem medo da CPI? *Jornal do Magistrado*. AMB, n. 50, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas*. *in* FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CASTILHOS, Ricardo. *Valores constitucionais*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 775-786.

CASTRO, Marcelo de Melo. *Controle da Administração Pública*. *in* FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (org.). *Direito Administrativo – v. 3* (Série Advocacia Pública). São Paulo: Método, 2011.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34, v. 12, p. 147-156, 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional*. *in* MENDES *et al*. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 15-102, 2002.

_____. Interpretação constitucional e política. *Direito Público*, Brasília, n. 10, p. 5-15, out./dez. 2005.

_____. Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, ago. 2001.

COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*. *in* MARMOR, Andrei (org.). *Direito e Interpretação*: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 303-418.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*: un análisis metateórico. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 75-98.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os Fundamentos do Controle de Constitucionalidade*: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira. Apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=704>. Acesso em 16 out. 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado#topo>. Acesso em 30 mai. 2010.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Editorial Porrúa, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das Omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A prática da Constituição*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica*

Constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 195-199.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

DAVES, Ana Carolina Izidório. *A Advocacia Pública na garantia do direito fundamental à vida por meio da efetivação do direito à saúde*. *in* Congresso Nacional de Procuradores (Anais – 34: 19 a 23 de outubro de 2008), v. 1, Goiânia: Kelps, p. 111-120, 2008.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 31, n. 8, p. 117-135, jun./set. 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2ª ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DICKSON, Brice (org.). *Judicial activism in common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivum, 2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La constituición como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Jurisprudência do STF*: anotada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 13-29.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Magistratura, virtù passive e stato attivo*. Disponível em <http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.4/Ferrarese5_new.doc>. Acesso em 15 ago. 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha e ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Interpretação Constitucional*: o controle judicial da atividade política. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 63-75.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP – Dossiê Judiciário, São Paulo,* v. 21, p. 12-21, mar./mai. 1994.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno* – v. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad*: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009a.

_____. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. *Diritto & Question Publiche*, n. 3, p. 197-227, 2003.

_____. *Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009b, p. 27-43.

_____. *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009c, p. 159-186.

_____. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorias de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 1998.

FLEURY, Sônia. *A questão democrática na saúde*. *in* FLEURY, Sônia (org.). *Saúde e democracia*: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p. 25-44.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. *Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n.2, 2004. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

GAMA, Denise Travassos. *Por uma Releitura Principiológica do Direito à Saúde*: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas publicas de saúde. Apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2007. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo =2380>. Acesso em: 16.10.2009.

GARCIA, Ivan Simões. *Neoconstitucionalismo, nova hermenêutica e o Direito do Trabalho*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 293-315.

GEBARA, Gassen Zari. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 8, n. 16, p. 9-38, jul./dez. 2006.

GOMES, Romeu. *A análise de dados em pesquisa qualitativa*. *in* MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 67-80.

GOUVEIA, Alessandro Samartin de. Súmula vinculante: um limite e um convite à vontade de Poder. *Revista Jus Vigilantibus*, 18 mai. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/25346 >. Acesso em: 05 abr. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Posto e Direito Preposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamento jurídico*: el caso italiano. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49-74.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A norma constitucional e sua eficácia* (diante do neoconstitucionalismo e de uma teoria fundamental do direito). *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 129-142.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre a facticidade e a validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALIS, Denis de Castro. A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, n. 24, p. 32-66, jan./jun 2004.

HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. *California Law Review*, p. 1441-1477, out. 2004. Disponível em <http://www.constitution.org/lrev/kmiec /judicial_activism.htm>. Acesso em 10 jul. 2010.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas.* 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KULKARNI, Yashashri. *Judicial Activism in India*: importance and scope. Disponível em http://india.smetoolkit.org/india/en/content/en/36106. Acesso em 15.04.2010.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v.17, n.34, out. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/ scielo.php?pid=S0104-44782009000300021&script=sci_arttext&tlng=in>. Acesso em 30 mai. 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. *BDJur*: Brasília, 5 mai. 2008. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em 30 abr. 2010.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Jurisdição constitucional*: um problema da teoria da democracia política. *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al*. *Teoria da Constituição*: Estudo sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-261.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos*: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 879-891.

_____. *O Direito Constitucional do limiar do século XXI*: princípios jurídicos e pós-positivismo (Prefácio). *in* MORAES, Guilherme Peña de. *Readequação constitucional do Estado moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. XXV-XLVIII.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição*: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Apresentada como dissertação de mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005.

MARSHALL, William P. Conservatism and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, set. 2002. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=3302666>. Acesso em 15 abr. 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *A Constituição brasileira de 1988*: interpretações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em < http://www.centrovivo.org/node/511>. Acesso em 30 abr. 2010.

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

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Supremo Tribunal Federal em defesa dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_32/artigos/stf.htm#4nt>. Acesso em 12 abr. 2010.

MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de Poderes no Brasil Pós-88*: Princípio Constitucional e Práxis Política. *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al*. *Teoria da*

Constituição: Estudo sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et al*. (orgs.) *Hermenêutica constitucional*: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 215-232.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. *in* FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Teoria do poder*: o sistema de direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Secretaria Municipal de Cultura, 2000.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://200.130.7.5/spmu/docs/ellen_gracie_discurso.pdf>. Acesso em 30 abr. 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA, Almiro do Couto; COELHO, Inocêncio Mártires. *Em torno e por causa da ADPF 33*. *in* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino (org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2010, p. 146-164.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *A judicialização da política na teoria constitucional de Klaus Schlaich e Dieter Grimm*. *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 701-710.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. *O neoconstitucionalismo, a teoria da justiça e o julgamento*. *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 29-50.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. *O idealismo da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1939.

OSÓRIO, Fábio Medina. *O 'novo' sistema judicial brasileiro*: significados e significantes. *in* OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: 2006.

PAMPLONA, Danielle Anne e ANNONI, Danielle. *O processo de decisão judicial diante do pós-positivismo.* XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, jun-2010. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne _pamplona-1.pdf. Acesso em 30 abr. 2010.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães e ROCHA, Lorena Oliveira da. Ativismo judicial na área de saúde: uma análise comparada Brasil x África do Sul. *Diritto*, out. 2009. Disponível em < http://www.diritto.it/pdf/28278.pdf>. Acesso em 30 abr. 2010.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988*: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. Rio de Janeiro: PUC-Rio/Lúmen Júris, 2008.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. *A Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais de Caráter Prestacional*: em busca da superação de obstáculos. Apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/ tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?cod Arquivo=3646>. Acesso em 16 dez. 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

POLETTI, Ronaldo. *Constituição anotada*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POZZOLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 187-210.

Presidente da Suprema Corte indiana traça paralelo entre as Constituições do Brasil e da Índia. Brasília, 15 ago. 2008. *Notícias STF*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal /cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94575&caixaBusca=N>. Acesso em 30 abr. 2010.

QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. *Neoconstitucionalismo*: contextualização e perspectivas. *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 879-891.

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

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010, p. 1-31. Disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewPDFInterstitial/255/211>. Acesso em 30 mai. 2010.

RE, Edward D. Stare Decisis. in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, a. 31, n. 122, p. 281-287, mai./jul. 1994.

REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Espaço – tempo e cultura. in* TÔRRES, Heleno Távora (coord.). *Direito e poder*: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, p. 105-110, 2005.

_____. *Filosofia do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria do direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

REIS, Palhares Moreira. *O poder nas tiranias e ditaduras*. *in* TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito e poder*: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, 2005.

_____. *O poder político e seus elementos*. 2ª ed. Recife: Editora Universitária, 1978.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em < http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>. Acesso em 16 ago. 2010.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A Afirmação da justiça como a tese da única decisão correta*: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno. Apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo= 2962>. Acesso em: 16.10.2009.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

SALAZAR, Roberta. *Pressupostos hermenêutico-constitucionais*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 787-808.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2000.

_____. *Los principios como vehículos de la moral en el derecho*. *in* MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 407-425.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 2, n. 2, mai./ago. 1988. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>. Acesso em 15 abr. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*: federal courts and the law. Princenton: Princenton University Press, 1998.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira e Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.

SCHMITT, Carl. *La Tirania de los Valores*. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Madrid: Enero-Frebrero, 1961.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Como utilizar o direito comparado para a elaboração de teses científicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. O que é o Terceiro Estado? 3º ed. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, a. 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais*. *in* QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 93-128.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Daniel Barile. *Patrimonialismo e Burocracia*: uma análise sobre o Poder Judiciário na formação do Estado brasileiro. Apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado /tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1894>. Acesso em: 16.10.2009.

SALZBERGER, Eli. *Judicial activism in Israel*. *in* DICKSON, Brice. *Judicial activism in common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 217-272.

SOARES, João Batista Berthier Leite. *Intérpretes da Constituição*. *in* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org.). A constitucionalização do Direito: A Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 195-210.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al*. *Teoria da Constituição*: um estudo sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SPINOZA, Benedicuts de. *Tratado político*. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

STF recebe visita oficial do presidente do Chile, Sebastián Piñera. *Notícias STF*. Brasília, 09 abr. 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id Conteudo=123507>. Acesso em 30 mai. 2010

STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional* – coleção Direito, Política e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes*: why extreme right-wing Court are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*: constitutional politics in Europe. New York: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar*: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano Editora, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

Toffoli não evita assuntos polêmicos e garante que agirá de acordo com a Constituição. Notícias, Senado Federal, Brasília, 30.09.2009. Disponível em <http://www.senado.gov.br/ noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=95938&codAplicativo=2>. Acesso em 31 ago. 2010.

TOOBIN, Jeffrey. *The Nine*: inside the secret world of the Supreme Court. Nova Iorque: Anchor Books, 2007.

Tribunal na Índia derruba lei que proíbe sexo entre homossexuais. *Estadão*. São Paulo, 02 jul. 2009. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,tribunal-na-india-derruba-lei-que-proibe-sexo-entre-homossexuais,396633,0.htm>. Acesso em 15 abr. 2010.

TUSHNET, Mark. The United States of America. *in* DICKSON, Brice. *Judicial activism in common law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 415-436.

VALADÉS, Diogo. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacius Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

_____. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 1995.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE*, v. 02, p. 74-85, 2009.

VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.