



PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

FABRÍCIO FRACAROLI PEREIRA

**FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O
ATIVISMO JUDICIAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

Jacarezinho/PR – 2015

FABRÍCIO FRACAROLI PEREIRA

**FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O
ATIVISMO JUDICIAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi.

Pereira, Fabrício Fracaroli.
Função Política da Jurisdição Constitucional: o Ativismo Judicial na Democracia Brasileira / Fabrício Fracaroli Pereira; Orientador: Eduardo Augusto Salomão Cambi. Jacarezinho, PR: [s.n.], 2015.
139 f.

Dissertação – Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho/PR, 2015.

- | | | |
|-------------------------------------------|------------------------------|-----------------------------|
| 1. Democracia
fundamentais
judicial | 2. Neoconstitucionalismo | 3. Direitos
fundamentais |
| | 4. Jurisdição constitucional | 5. Ativismo
judicial |

CDD: 341.419

FABRÍCIO FRACAROLI PEREIRA

**FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O
ATIVISMO JUDICIAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

Esta dissertação foi julgada adequada pela Banca de Qualificação para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora e pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, linha de pesquisa “Função Política do Direito”.

Banca examinadora:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Jacarezinho/PR, _____ de _____ de 2015.

Aos meus pais,
Adolfo (*em memória*) e Dilei.

AGRADECIMENTOS

A experiência vivida por quem realiza um curso de mestrado é fantástica, especialmente nesta fascinante área do conhecimento que é o Direito. São anos vivenciando as mais diversas emoções, que vão desde a satisfação em abordar assuntos que prendem a atenção, passando pelo desalento que determinados temas e suas consequências proporcionam, mas que, justamente por isso, devem ser enfrentados; pela alegria presente nas horas de reunião, discussão e lazer com os colegas; pelo cansaço inerente a toda atividade acadêmica, advindo das horas de estudo, do tempo despendido em viagens, das noites de leitura e desenvolvimento da dissertação; e pelo sentimento de dever cumprido ao final da empreitada.

Como em todo percurso, inúmeras coisas acontecem: planos são alterados, caminhos são desviados, novas direções são tomadas, problemas vêm e vão. Junto a tudo isso, há o fator humano, que faz parte do trajeto percorrido pelo protagonista dessa verdadeira odisseia. São pessoas que, de alguma forma, seja tolerando as omissões e privações ocasionadas pelo estudo, ou mesmo contribuindo diretamente para o desenvolvimento do trabalho, dele fazem parte e não podem ser esquecidas quando de sua conclusão. Nomes serão citados, mas outros, de equivalente consideração, certamente ficarão registrados nestas menções gerais.

A todos os companheiros dessa jornada, amigos e familiares, cuja relação nominal não respeita ordem de importância, pois cada um teve sua influência de maneira específica, ficam consignados meus sinceros agradecimentos.

Demonstro toda minha gratidão ao meu orientador, Professor Eduardo Cambi, primeiro, por acreditar em minha capacidade de desenvolver o tema proposto, e pelas preciosas lições que levarei pela longa e árdua caminhada no estudo do Direito.

Agradeço à Adelle, que esteve sempre ao meu lado, desde a inscrição no Programa de Mestrado até a entrega do trabalho. E antes; e depois. Nem sei como te agradecer.

Não há como deixar de agradecer ao meu irmão, Pedro, assim como aos Professores Benedito Cerezzo Pereira Filho, Daniela Marques de Moraes, José Pereira Primo e Roberto da Freiria Estevão. Da mesma forma, aos novos amigos encontrados na memorável Turma X do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, e aos amigos de longa data.

Agradeço também aos Professores da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e à Natalina, pessoa fantástica, que sempre esteve à disposição para nos ajudar, desde os primeiros e tímidos momentos. Aproveito para, em seu nome, agradecer a todos os

Funcionários da UENP pela receptividade, qualidade perceptivelmente difundida nesta faculdade.

Por fim, mas de imensurável consideração, agradeço à Universidade Estadual do Norte do Paraná, e a todos os cidadãos paranaenses, especialmente os residentes em Jacarezinho, que com sua labuta diária contribuem com os tributos necessários à manutenção desta renomada Instituição de Ensino. Sou eternamente grato.

Nos encontramos na encruzilhada dessas duas lógicas: a dos doutores da lei, ou seja, afastando-se do perigo ao se distanciar da pessoa contaminada, e a da lógica de Deus que, com sua misericórdia, abraça e acolhe reintegrando e transformando o mal em bem, a punição em salvação e a exclusão em inclusão.

**Homilia do Papa Francisco na Missa
com os novos cardeais - 15/02/15**

a vida irá, você vai ver, aos poucos te ensinando que o certo você vai saber errando, errando, errando.

Errar é humano. Toquinho

PEREIRA, Fabrício Fracaroli. **Função Política da Jurisdição Constitucional: o Ativismo Judicial na Democracia Brasileira**. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho/PR, 2015.

RESUMO

A pesquisa teve por objetivo geral o estudo do ativismo judicial na jurisdição constitucional brasileira, com a finalidade de identificar e reconhecer a função política no exercício da atividade jurisdicional. Especificamente, pretendeu-se analisar os direitos fundamentais, sua afirmação e efetivação pelo Poder Judiciário no contexto do neoconstitucionalismo, bem como examinar a atividade jurisdicional-constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, no primeiro capítulo foram estudados os temas constituição, democracia e direitos fundamentais, três proposições que, juntas, estabelecem alguns dos principais contornos do Estado Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição brasileira e que, dado seu caráter transformador da realidade social, contempla uma série de princípios e objetivos relacionados à justiça social e à concretização dos direitos fundamentais. O segundo capítulo ocupou-se do estudo da jurisdição constitucional, iniciado pela análise da relação entre direito e política, seguido pelo estudo das origens, funções e responsabilidades da jurisdição constitucional, passando pelo modelo brasileiro até chegar às críticas à sua expansão. Por último, o terceiro capítulo dedicou-se ao ativismo judicial, iniciado pelo estudo de sua evolução até a apresentação de uma possível definição, quando foi acolhido um conceito multidimensional, para que fosse possível sua identificação e análise em três julgados selecionados, de maneira que, ao cabo, constatou-se sua ocorrência e discorreu-se sobre a necessidade de reconhecimento do exercício de verdadeira função política pelos órgãos do Poder Judiciário, especialmente em matéria de proteção dos direitos fundamentais e como forma de se promover inclusão social pela via judiciária.

Palavras-chave: Democracia; Neoconstitucionalismo; Direitos fundamentais; Jurisdição constitucional; Ativismo judicial.

ABSTRACT

The overall goal of this research was to study the judicial activism applied to the Brazilian constitutional jurisdiction with the purpose of identifying and recognizing the political role in the jurisdictional activity. In particular, it was intended to analyze fundamental rights, its statement and execution for the Judiciary Power in the neo-constitutionalism background, as well investigate the jurisdictional-constitutional activity exercised by the Federal Supreme Court. Therefore, in chapter one, the topics constitution, democracy and fundamental rights were studied, since they are propositions that together provide some of the most important profiles of the Rule of Law, a model adopted by the Brazilian Constitution which contemplates a large number of principles and goals related to the social justice and to the achievement of the fundamental rights, given its transforming character of the social reality. Chapter two included the study of the constitutional jurisdiction, initiated by the analysis of the relation between law and politics, followed by the study of the origins, functions and responsibilities of the constitutional jurisdiction from the Brazilian model to the critics of its expansion. finally, chapter three was dedicated to the judicial activism, initiated by the study of the evolution to the presentation of a suitable definition, when the multi-dimensional concept was chosen in order to identify and analyze its three chosen subjects in such a way that it was claimed its occurrence and it was given the need of recognition of the real execution of the political roles by the Judiciary Power, especially when it comes to the protection of the fundamental rights and to the way of promoting social inclusion by judicial means.

Key-words: Democracy; Neo-constitutionalism; Fundamental rights; Constitutional jurisdiction; Judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C. – Antes de Cristo
ACP – Ação Civil Pública
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE – Recurso Extraordinário com Agravo
Art. – Artigo
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPC – Código de Processo Civil
CR – Constituição da República
HC – *Habeas Corpus*
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
LC – Lei Complementar
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
MI – Mandado de Injunção
Min. – Ministro
MP – Ministério Público
MS – Mandado de Segurança
P. – Página
PAC – Programa de Aceleração do Crescimento
PL – Projeto de Lei
PLN – Projeto de Lei do Congresso Nacional
RCL - Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
Rel. - Relator
SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.1 Democracia	16
1.2 Constitucionalismo.....	19
1.3 Neoconstitucionalismo.....	24
1.4 Direitos fundamentais.....	30
1.5 Por uma democracia crítica.....	34
1.5.1 Democracia e constituição.....	34
1.5.2 A democracia como valor universal.....	36
1.5.3 A democracia como ideologia.....	38
1.5.4 A democracia crítica.....	41
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	44
2.1 Direito e política.....	44
2.2 Principais aspectos da jurisdição constitucional	48
2.2.1 O controle de constitucionalidade no direito comparado.....	54
2.2.1.1 Dois modelos de controle não judicial: o inglês e o francês	54
2.2.1.2 Dois modelos de controle judicial: o norte-americano e o europeu	57
2.2.1.3 O modelo brasileiro.....	61
2.2.2 Funções e responsabilidades da jurisdição constitucional no Brasil.....	64
2.2.3 Expansão da jurisdição constitucional: judicialização da política e ativismo judicial. 68	
3 ATIVISMO JUDICIAL	76
3.1 Origem e conceitos do ativismo judicial.....	80
3.1.1 O ativismo nos Estados Unidos.....	80
3.1.2 O ativismo no Brasil.....	83
3.1.3 Conceito de ativismo judicial	93
3.2 Ativismo judicial na jurisdição constitucional: alguns casos brasileiros	99
3.2.1 União homoafetiva	100
3.2.2 Direito à saúde.....	104
3.2.3 Mandado de Injunção	109
3.2.3.1 Direito de greve dos servidores públicos	111
3.2.3.2 Projeto de lei n. 6.128/09: Mandado de Injunção coletivo	114
3.3 Reconhecendo a função política do direito: acesso à justiça, proteção das minorias e inclusão social	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

*Um amor, uma carreira, uma revolução: outras tantas coisas
que se começam sem saber como acabarão.*

Jean-Paul Sartre

Convém-se atribuir à introdução um caráter genuinamente didático, cuja função primordial consiste em apresentar o assunto ao leitor para que seja possível situá-lo no contexto da pesquisa. Na introdução, são exibidos os fatos, ideias e dados que antecederam e fundamentaram o trabalho, tornando-o possível, razão pela qual se reveste de fundamental importância, podendo ser fator decisivo sobre a leitura integral do texto (LEITE, 1997, p. 142). Diante disso, a presente introdução tem por finalidade apresentar os objetivos (gerais e específicos) aos quais convergiu todo o desenvolvimento investigativo, percorrendo todo o trajeto, desde seu início até sua conclusão.

A pesquisa teve por objetivo geral o estudo do ativismo judicial na jurisdição constitucional brasileira, com vistas a identificar e reconhecer a função política no exercício da atividade jurisdicional. Especificamente, pretendeu-se analisar os direitos fundamentais, sua afirmação e efetivação pelo Poder Judiciário, tendo por base o modelo atual de constitucionalismo (neoconstitucionalismo), com o exame da atividade jurisdicional-constitucional exercida pelo STF, além de tecer apontamentos sobre a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional nos moldes como ocorre atualmente. Os estudos sobre direitos fundamentais, democracia e, especificamente, sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, diante do paradigma contemporâneo do direito constitucional brasileiro, tiveram por finalidade compreendê-la, considerando a efetiva proteção e concretização dos direitos fundamentais e da própria democracia, fundamentos do Estado brasileiro.

Diante do exposto, e no tocante à pesquisa ora apresentada, é possível identificar sua pertinência temática em relação à proposta do programa de mestrado e sua área de concentração (“Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”), além de possuir estreitos vínculos com a linha de pesquisa adotada, qual seja, a “Função Política do Direito”. Da mesma forma, convém ressaltar que, na análise da temática, buscou-se, na medida do possível, uma abordagem interdisciplinar, em especial com os ramos do conhecimento compreendidos na grande área das ciências sociais, como a ciência política e a sociologia, além da filosofia.

Logo no primeiro capítulo, foram feitas abordagens sobre a democracia, iniciada por uma breve passagem pelas suas origens e seguida pela tentativa de conferir-lhe uma definição, ainda que mínima, por se tratar de conceito multifacetado. Nesse percurso, chegou-se ao exame do poder, tema inseparável e componente da ideia de democracia, quando ficou consignado que onde há convivência humana, há relações de poder e, por conseguinte, há desigualdades, já que sempre haverá, em maior ou menor escala, um dominador e um dominado, um opressor e um oprimido, e assim por diante. Essa dicotomia revela o problema e a necessidade da imposição de limites ao poder, já que não se vislumbra sua eliminação. As limitações ao poder, cujo objetivo consiste em funcionalizá-lo para o alcance das suas potencialidades positivas e a redução máxima dos seus efeitos negativos, consistem em algumas das tarefas do direito, encarregado de promover a integração dos diversos poderes atuantes na sociedade, com o objetivo de proporcionar segurança e estabilidade sociais no mais alto grau possível, bem como o encargo de solucionar os conflitos que sobrevierem. A democracia, nesse sentido, apresenta-se, de maneira ampla, como as regras e procedimentos relativos ao exercício do poder, tanto no que respeita à sua instrumentalização para o alcance de efeitos assaz proveitosos à comunidade como também no asseguramento do indispensável respeito aos seus limites.

A integração e conseqüente limitação do poder no seio da sociedade pelo direito, notadamente mediante normas jurídicas, normalmente é subordinada a uma lei fundamental onde se positivaram normas que ocupam posição hierarquicamente superior em relação às demais constantes do ordenamento jurídico de um Estado, e cujo processo de alteração fora ou dificultado ou até mesmo inviabilizado em determinados casos, ainda que diante dos interesses majoritários daquele grupo social: a Constituição. Nesse contexto, foram debatidos os temas constitucionalismo e, numa evolução dessa doutrina, o neoconstitucionalismo, entendidos como teorias ou técnicas voltadas ao controle do poder, sua organização, limitação e otimização do seu exercício com vistas aos objetivos fundamentais daquela sociedade, consoante às expectativas constitucionalmente previstas.

O neoconstitucionalismo, em especial, que como o próprio nome sugere corresponde a uma versão mais recente da doutrina constitucionalista, surgiu como uma técnica atual e efetiva, sem abandonar o aspecto crítico, pela qual se pretende a interpretação e compreensão jurídicas de maneira mais adequada diante das especificidades e complexidades da sociedade contemporânea, com observância das normas constitucionais e voltada à proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais.

Constituição, democracia e salvaguarda dos direitos fundamentais são três proposições que, juntas, estabelecem alguns dos principais contornos do Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro quando, logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, portanto, dado seu caráter transformador da realidade social, contempla uma série de princípios e objetivos relacionados à justiça social e à concretização dos direitos fundamentais, de modo que a sociedade se desenvolva para proporcionar aos seus membros o mais próximo do ideal de dignidade humana, mediante a redução das desigualdades sociais (e econômicas, culturais, e tantas outras) e a elevação do ser humano, considerado como sujeito de direitos e dotado de dignidade. A democracia, que pressupõe ampla participação nas decisões mais importantes relativas aos rumos da sociedade, não obstante os problemas relativos às imprecisões em sua caracterização e realização, se enquadra satisfatoriamente na condição de regime capaz de proporcionar tais aspirações, pois que se caracteriza como um regime no qual há respeito às liberdades humanas fundamentais, que permitem a construção dos valores sociais da comunidade, plural e complexa, em respeito tanto à maioria como à minoria. Entretanto, para que seja adequada à sociedade atual deve ser compreendida a partir de uma concepção crítica que reconheça a soberania popular sem fazer esquecer-se da imperiosa exigência da limitação do poder, e não apenas em seu sentido radical, restrita ao rígido dogma da vontade da maioria, assunto que encerrou o primeiro capítulo.

Em seguida, no segundo capítulo, primeiro foi discorrido sobre a inter-relação entre direito e política, quando se constatou o vínculo inseparável entre os conceitos, para, na sequência, adentrar no tema da jurisdição constitucional, entendida como a garantia jurisdicional das normas constitucionais, importante técnica no controle do exercício do poder e na defesa das regras do jogo democrático. A jurisdição constitucional pode manifestar-se tanto em consonância com os anseios da maioria dos membros da sociedade como também de maneira contramajoritária, ou seja, há a possibilidade de o Poder Judiciário, quando da realização da Constituição e dos direitos fundamentais, manifestar-se de maneira contrária aos interesses da maioria, ou mesmo entrar em colisão com decisões tomadas pelas instâncias tipicamente políticas, eleitas majoritariamente pelo voto popular. Por essa razão, suporta inúmeras críticas acerca de seu exercício, eis que se cogita o aparente confronto entre

constitucionalismo e democracia, em razão de supostas afrontas a princípios consagrados do Estado de Direito, como a separação dos poderes e o próprio princípio democrático.

Na conjuntura ora apresentada, temas como judicialização da política e ativismo judicial surgem à tona, dado o contexto de desmedido pluralismo e complexidade, aliado à necessidade de respeito e concretização dos direitos humanos de todas as dimensões, o que tem gerado críticas relativas ao papel contramajoritário e ao exercício de funções políticas no âmbito jurisdicional, mediante adoção pelos membros do Poder Judiciário de um perfil mais ativo e crítico no exercício da prestação jurisdicional, em contraposição ao passivismo que lhe é tradicionalmente atribuído. No Brasil, especialmente após o advento da Constituição de 1988, essa situação se intensificou, de modo que tais fenômenos tem sido objeto de inúmeros debates, sujeitos tanto a críticas como também a elogios, sendo inegável que o protagonismo judiciário, seja mediante sua atuação ativa ou passiva, afeta sobremaneira os rumos da política pátria, interferindo na atuação dos demais Poderes da República.

E é exatamente a discussão sobre o ativismo judicial que ocupou o terceiro capítulo, mais especificamente do ativismo exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que tem por competência o exercício por excelência da jurisdição constitucional. Nele, procurou-se analisar suas origens e concepções, para que fosse possível delimitar suas características quando ocorrente no exercício da jurisdição constitucional de forma democrática. A iniciar pelo surgimento do fenômeno nos Estados Unidos da América, passando pela sua propagação no Brasil, foi acolhido um conceito multidimensional de ativismo judicial, para que fosse possível sua identificação e análise em três casos selecionados, de maneira que, ao cabo, constatou-se a ocorrência e discorreu-se sobre a necessidade de reconhecimento do exercício de verdadeira função política pelos órgãos do Poder Judiciário, especialmente em matéria de proteção dos direitos fundamentais e como forma de se promover inclusão social pela via judiciária.

Ciente das limitações que o presente trabalho carrega, considerando a amplitude e profundidade do tema, além das inúmeras polêmicas e resistências que ele proporciona, mas que, justamente por isso, deve ser enfrentado, pretendeu-se, de alguma maneira, desenvolver ideias que possibilitem um aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro, sem desprezar a questão social e o indispensável respeito aos direitos fundamentais, bem como sua concretização.

Portanto, considera-se adequada a transcrição da escusa apresentada por Calmon de Passos (2000, p. 02), da qual também servimo-nos: “Considero-me previamente redimido por

força do convencimento de que se nos preservarmos demasiadamente, pelo medo de fracassarmos, nada produziremos”.

1. DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Eu acho que é preciso continuar a acreditar na democracia, mas numa democracia que o seja de verdade. Quando eu digo que a democracia em que vivem as actuais sociedades deste mundo é uma falácia, não é para atacar a democracia, longe disso. É para dizer que isto a que chamamos democracia não o é. E que, quando o for, aperceber-nos-emos da diferença. Nós não podemos continuar a falar de democracia no plano puramente formal. Isto é, que existam eleições, um parlamento, leis, etc. Pode haver um funcionamento democrático das instituições de um país, mas eu falo de um problema muito mais importante, que é o problema do poder. E o poder, mesmo que seja uma trivialidade dizê-lo, não está nas instituições que elegemos. O poder está noutra lugar.

José Saramago

1.1 Democracia

Atribui-se de forma pacífica à Grécia antiga, por volta do século VI a.C., a origem da democracia (DAHL, 2001, p. 17; GOYARD-FABRE, 2003, p. 09). O efetivo governo pelo povo, usual nas Cidades-Estado gregas – com especial destaque para Atenas¹ – representa a prática mais inteligível da democracia, e serve de parâmetro até os dias atuais quando da abordagem do tema. Por certo, é por essa razão que nos estudos sobre a democracia há a conveniência da análise etimológica do termo, oriundo do idioma grego: democracia significa o poder (*kratos*) do povo (*demos*).

Naquele tempo, em suma, o poder de governar se concentrava nas mãos dos cidadãos. Ocorre que o conceito antigo de cidadão não abrangia boa parte da população; longe disso, se limitava aos homens livres e maiores nascidos na polis, em detrimento de um grande número de mulheres, escravos e estrangeiros, indivíduos que ficavam fora da deliberação acerca dos assuntos relativos à cidade (BOBBIO, 2000, p. 372; GOYARD-FABRE, 2003, p. 20).² Mesmo nos dias atuais, o conceito de cidadania e sua abrangência consistem em temas complexos.³

¹ “Libertando as cidades gregas da Ásia Menor e apoiando-se sobre poderosa confederação marítima, Atenas teve seu prestígio aumentado; enquanto expandia e fortalecia seu imperialismo, internamente aprimorava a experiência democrática, instaurada desde 508 a.C. pela revolta popular chefiada por Clístenes. Pela primeira vez na história, o governo passara a ser exercido pelo povo, que, na Assembleia (*Ekklesia*), decidia os destinos da *pólis*” (PLATÃO, 1999, p. 07).

² “Ademais, a democracia de que Atenas forneceu a primeira forma ao Ocidente não significa que “todos” governam, mas que “todos os cidadãos” participam do governo. A amplitude da democracia era portanto limitada, pois o povo (*demos*) saudado como soberano não se confundia com toda a população (*plèthos*) da

De todo modo, a democracia, em que pese consistir em avançada forma de governo na antiguidade grega, em relação à sua concepção atual sofria notáveis limitações quanto à amplitude do conceito de povo (*demos*). Apenas com o tempo, marcado por lutas pelo reconhecimento de seus direitos e liberdades, o restante da população adquiriu direitos civis e políticos, e paulatinamente foram inseridos na vida política, passando a pertencer ao conceito de povo e a alcançar o status de cidadão.⁴

Como bem ressaltam Streck e Moraes (2012, p. 110), a *questão da democracia* surge juntamente com o processo de formação da sociedade organizada e do Estado, o que se pode constatar pelo lento processo de conquistas das liberdades e dos direitos humanos. Por essa razão, aludidos autores ressaltam a dificuldade imbricada nas lutas históricas em prol da democracia, tanto no que diz respeito ao seu alcance e, mais ainda, à sua conservação.

O ser humano é uma criatura complexa: ao mesmo tempo em que necessita da interação com os demais indivíduos, há uma repulsa nesse (inter)relacionamento que decerto gera conflitos e carências⁵. E é exatamente em consequência desta existência conflitiva e da necessidade de sanar tais embates com efetividade que se encontra a raiz do jurídico (CALMON DE PASSOS, 2000, p. 41).

Cidade-Estado: só eram levados em consideração os “cidadãos”, o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, que eram estrangeiros domiciliados em Atenas”, de modo que “(...) somente aquela pequena parcela da população – os “cidadãos” – usufruíam dos privilégios da igualdade perante a lei e do direito de falar nos debates da Assembleia (*isegoria*)” (PLATÃO, 1999, p. 07).

³ O historiador brasileiro José Murilo de Carvalho, em sua obra *Cidadania no Brasil. O longo Caminho* (2002, p. 08), inicia o texto afirmando que o fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido. Aduz que aludido conceito inclui várias dimensões, as quais podem coexistir ou não. Ressalta que a noção de cidadania plena, que combine os valores de liberdade, participação e igualdade para todos os indivíduos é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível, mas que serve de parâmetro para se aferir a qualidade da cidadania em determinado país e momento histórico. Segundo o autor, é costumeiro dividir o conceito de cidadania na capacidade de exercício de direitos civis, políticos e sociais, sendo que o cidadão atingiria sua plenitude de cidadania a partir do momento em que fosse titular e exercesse os três direitos; se possuísem apenas alguns, seriam considerados cidadãos incompletos, e reputar-se-iam não-cidadãos se não desfrutassem de nenhum deles.

⁴ “É claro que o pensamento moderno se emancipou dos limites conjunturais ligados, em Atenas, às estruturas da condição social em que metecos, escravos e mulheres não tinham acesso à categoria de cidadãos. Mas o princípio segundo o qual a soberania pertence não a uma parte mas ao conjunto dos cidadãos que formam o ‘povo’ ou ‘corpo público’ permanece sendo o axioma fundamental da democracia” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 50).

⁵ Kant (2004, p. 08) já propunha: “Eu entendo aqui por antagonismo a *insociável sociabilidade* dos homens, ou seja, sua tendência a entrar em sociedade que está ligada a uma oposição geral que ameaça constantemente dissolver essa sociedade. Esta disposição é evidente na natureza humana. O homem tem uma inclinação para *associar-se* porque se sente mais como homem num tal estado, pelo desenvolvimento de suas disposições naturais. Mas ele também tem uma forte tendência a *separar-se* (isolar-se), porque encontra em si ao mesmo tempo uma qualidade insociável que o leva a querer conduzir tudo simplesmente em seu proveito, esperando oposição de todos os lados, do mesmo modo que sabe que está inclinado a, de sua parte, fazer oposição aos outros”.

Da mesma forma, o ser humano é um ser social; é no espaço da sociedade que ele realiza sua condição humana, de maneira organizada e racional, para que haja maximização do atendimento de suas necessidades. Mas, em contrapartida, essa organização resulta numa hierarquização de homens e interesses, recaindo na institucionalização das desigualdades (CALMON DE PASSOS, 2000, p. 45).

Ao se asseverar que a sociedade é pressuposto fundamental da realização da condição humana, decerto também que o poder consiste em pressuposto essencial à sociedade:

É ele *poder político*, enquanto organizador da coerção, que assegura, em última instância, a efetividade da ordem (social) de dominação (ou controle) instituída. É *poder econômico*, ao institucionalizar determinado modelo de divisão do trabalho social e de apropriação do produto desse trabalho, o que proporciona ao poder político seus pressupostos materiais. É *poder ideológico* ao promover o consenso procurando legitimar-se (justificação) aos olhos dos dominados. A integração dos três é necessária para a existência da ordem social, operando o Direito como instrumento que lhe empresta segurança em face dos possíveis riscos de desconfirmação individual ou social do modelo institucionalizado (CALMON DE PASSOS, 2000, p. 46).

A existência do poder depende da subtração de parcelas da liberdade de outrem, com ou sem seu consentimento. Em toda convivência humana há relações de poder, e sempre há desigualdades dos que dela participam: há nessas relações, pois, a existência dos binômios dominador/dominado, controlador/controlado, comando/obediência (CALMON DE PASSOS, 2000, p. 49).

O problema da – inevitável – existência do poder nas relações em sociedade não consiste na tentativa de eliminá-lo, mas sim limitá-lo, “(...) funcionalizá-lo do modo mais adequado possível, minimizando o negativo da pura dominação e fazendo excelente a sua dimensão de integração e solidariedade”. E o direito é o mecanismo, ou a técnica por intermédio da qual se promove a integração dos poderes (político, econômico, ideológico) no seio da sociedade, com a finalidade de garantir segurança na convivência social, em relação às expectativas comuns dos indivíduos relacionadas às soluções dos conflitos que possam se instaurar (CALMON DE PASSOS, 2000, p. 49-50).

Por isso, o direito não pode ser visto como uma instância à parte dos poderes mencionados, mas sim como uma técnica de integrá-los e permitir a conformação da ordem social; “E apenas lhe é possível emprestar alguma segurança e previsibilidade à convivência social, mediante a decisão de conflitos por um processo previamente institucionalizado,

dentro de expectativas compartilhadas pelo grupo social” (CALMON DE PASSOS, 2000, p. 50).

Na busca de um conceito possível de democracia, talvez Bobbio (2000, p. 30-31) tenha acertado ao defini-la, sintética e amplamente, como “(...) um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”, e que tem por característica a atribuição deste “(...) poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo”.

A partir dessa definição⁶, pode-se constatar o princípio majoritário como regra fundamental da democracia. Mas, como lembra Matteucci (1998, p. 257), em que pese a democracia ser assinalada como o governo da maioria, se essa maioria detiver um poder absoluto e ilimitado poderá facilmente subverter as regras do jogo e destruir as próprias bases da democracia. Estaria instaurada uma tirania da maioria, de modo que resta extremamente “(...) necessário que o pacto fundamental lhe ponha limites intransponíveis (o núcleo rígido, os direitos fundamentais) e organize as funções do poder de modo a impedir sua concentração” (CALMON DE PASSOS, 2012, p. 154). E somente se vislumbra um sistema com essas características “(...) se aqueles que exercem poderes em todos os níveis forem controlados, em última instância, pelos possuidores originários do poder fundamental – os cidadãos” (CALMON DE PASSOS, 2012, p. 154). Hoje, “(...) o Constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo” (MATTEUCCI, 1998, p. 257).

1.2 Constitucionalismo

O termo constitucionalismo apresenta dificuldades em sua conceituação. Assim como ocorre com o conceito de constituição, no decorrer da história, são várias as concepções que podem ser aduzidas acerca do vocábulo, refletindo os desdobramentos relativos às diversas experiências concretas de sociedade e de Estado (FRANCISCO, 2012, p. 50.). Há variedade na abordagem em razão das inúmeras práticas sociais suportadas pelos grupos regulados por uma constituição, seja em relação à forma ou mesmo ao conteúdo

⁶ Que, como lembra Calmon de Passos (2012, p. 154), “Trata-se de uma definição procedimental criticada pelos “substancialistas” de esquerda, diz ele, mas não existe outra suficientemente clara e esta é a única capaz de nos oferecer um critério infalível”.

constitucional; seja no tocante às características presentes na realidade (social, cultural, econômica) de um país; ou ainda nas variáveis históricas a ele pertinentes⁷.

Com o objetivo de construir um conceito geral e abrangente, que pudesse compreender as mais variadas manifestações do constitucionalismo, Nicola Matteucci o descreveu como sendo “(...) certos momentos de uma reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos próprios da história europeia desde o mundo antigo (grego, porém, sobretudo romano)” (*apud* AMARAL JUNIOR, 2012, p. 03). Embora corresponda a uma concepção que apresenta pretensão de globalidade, sua adoção implica na impossibilidade de emprego do termo neoconstitucionalismo⁸, tendo em vista que, ao considerá-lo – constitucionalismo – como um momento de reflexão sobre a experiência política e jurídica de determinada sociedade, pressupõe-se apenas mais um ato dentre outros anteriormente praticados; ou seja, mais um momento de reflexão sobre determinada organização social, de modo que o prefixo *neo* seja descabido em relação aos momentos anteriores, pois a cada reflexão surgiria um novo – *neo* – constitucionalismo (FRANCISCO, 2012, p. 52).

Não obstante, e antes de adentrar ao tema do neoconstitucionalismo, cumpre examinar algumas das características do constitucionalismo que constituem pontos de superação quando da análise do novo modelo. Para tanto, parece razoável o início da análise a partir do exame do objeto principal do constitucionalismo: a constituição.

Tal como o termo constitucionalismo, o conceito de constituição varia de acordo com os parâmetros utilizados para sua definição. Apresenta, pois, uma gama de significados, que vão desde seu sentido etimológico (relativo ao ato de constituir, de estabelecer algo) até seu sentido político, ou seja, concernente ao Estado (BONAVIDES, 2011, p. 80). Dentre os significados imputados à constituição, Bonavides (2011, p. 80) ressalta dois, sem os quais restaria obscurecido o entendimento acerca de ponto essencial do direito público e da ciência política. São eles: o conceito *material* e o conceito *formal* de constituição.

A constituição, sob o ponto de vista *material*, corresponde ao conjunto de normas relativas à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo e aos direitos da pessoa humana; envolve, portanto, toda matéria pertinente à composição e ao funcionamento da ordem política (BONAVIDES, 2011, p. 80).

⁷ “São muito variados os conceitos de constitucionalismo e de constituição, justamente em razão da longevidade do emprego dessas expressões e das múltiplas experiências vividas (de Cidades-Estado a Estados Nacionais e até concepções supranacionais, como a desenhada na União Europeia), bem como em razão da multiplicidade de formas e de conteúdos experimentados (desde costumes e documentos simples até códigos analíticos e de conteúdo complexo)”. (FRANCISCO, 2012, p. 51).

⁸ Que será abordado no item subsequente.

E é exatamente a esse sentido que Lassale⁹ se referiu, sob um viés sociológico, à essência das constituições¹⁰, ao advertir que todos os países, em todas as épocas, possuiriam uma constituição (em sentido material)¹¹, sendo que, como consignou aludido autor, “(...) juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito” (LASSALE, 2012, p. 28).

Assim, a constituição, em seu aspecto material, se relaciona exclusivamente com o conteúdo das determinações mais importantes relativas à organização e funcionamento da ordem política estatal sendo, portanto, as únicas merecedoras de serem designadas, a rigor, como matéria constitucional (BONAVIDES, 2011, p. 81).

Ao reportar-se à folha de papel, a ideia de Lassale nos permite examinar a constituição sob seu aspecto *formal*. Segundo o conceito formal de constituição, o texto normativo ostenta o adjetivo constitucional pelo fato de, formalmente, pertencerem ao corpo da constituição. Com isso, determinadas normas, embora não possam ser consideradas como materialmente constitucionais, assumem tal forma em razão de sua alocação no corpo da constituição. Como bem explica Bonavides (2011, p. 81), algumas matérias constantes do texto constitucional revestem-se de aparente constitucionalidade, pelo simples fato de terem sido introduzidas em seu corpo normativo. Passam, por conseguinte, a pertencer a um grupo dotado de superioridade em relação às demais normas jurídicas, somente se sujeitando a alterações ou supressões mediante um procedimento solene e embaraçado, característico das normas constitucionais, tenham elas conteúdo materialmente constitucional ou não¹².

Como complemento à subdivisão apresentada acima, Di Ruffia (1984, p. 85), depois de ressaltar a existência de diferentes significados da expressão constituição, também examina

⁹ Em sua conhecida obra intitulada *O que é uma constituição?*

¹⁰ Em interessante estudo, Coelho (1998, p. 186) destaca a conformação das ideias de Lassale com as atuais (em relação à teoria de Lassale) teorias trazidas por Konrad Hesse (“A força normativa da constituição”) e Peter Häberle (“Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”). Segundo o autor, “(...) embora seguindo caminhos diversos, e não muito diferentes, o que Hesse e Häberle fizeram, ao fim e ao cabo, foi *constitucionalizar* os fatores reais de poder”, sendo que Hesse o fez “(...) pelo reconhecimento explícito de que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e que, por isso, a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização; o segundo, pela afirmação, como tantas outras de conteúdo semelhante, de que não apenas as instâncias *oficiais*, mas também os demais *agentes conformadores da realidade constitucional* - porque representam um *pedaço* da publicidade e da realidade da Constituição – devem ser havidos como legítimos intérpretes da Constituição”.

¹¹ Ou real, como alerta BONAVIDES (2011, p. 81), ao lembrar o termo utilizado por Lassale (“fatores reais de poder”).

¹² Lembrando que tal característica somente se apresenta em constituições escritas.

os sentidos pelos quais se pode compreender mencionado termo, porém, trazendo mais extensa classificação.

Primeiro, aponta o *sentido institucional*, para o qual constituição significa *status*, ordem, conformação, estrutura essencial de um ente ou de um organismo em geral, de modo que a constituição jurídica se caracteriza pelo conjunto de suas principais instituições. Em seguida, destaca o *sentido substancial*, relativo ao complexo de normas jurídicas fundamentais, sejam elas escritas ou não, que tem por fim traçar as linhas mestras de determinada ordenação jurídica, tendo por base seu conteúdo normativo. Ao considerar os dois sentidos acima expostos, o autor ressalta que é possível aduzir que todo Estado sempre tem uma constituição, pois um Estado não constituído seria uma contradição, já que, para que ele exista, é necessário que se constitua, que se concretize por intermédio de um ordenamento jurídico; isso permite constatar que mesmo os Estados mais primitivos, que sustentariam uma única instituição – a do soberano absoluto, e possuiriam apenas uma norma – a de que todos os poderes pertencem a este soberano, ainda assim, teriam uma constituição (DI RUFFIA, 1984, p. 86).

Em seguida, Di Ruffia apresenta o *sentido formal* de constituição, que consiste num complexo de normas legislativas distintas das demais pelo seu processo de formação, solene e mais complicado que o de elaboração das normas ordinárias. Como um quarto sentido, destaca o *documental* (ou *instrumental*), caracterizado pelo ato fundamental no qual são formuladas de modo solene a maioria das normas materialmente constitucionais, que pode ser denominado de Carta (outorgada por um soberano absoluto) ou de Constituição em sentido estrito (quando elaborada por uma Assembleia Constituinte) (DI RUFFIA, 1984, p. 86 e 87).

Por fim, apresenta o *sentido material* de constituição, diferindo-o do *sentido substancial* anteriormente exposto. Segundo o autor, a constituição em sentido material tem por fim identificar o

[...] conjunto de elementos organizadores necessários para que subsista em determinado Estado, isto é, propriamente, a específica comunidade social subjacente à ordem normativa, enquanto se a considere ordenada segundo um mínimo de elementos organizadores (força política), idôneos para apresentá-la como dotada de uma atividade dirigida a um fim particular (fim político): a força política e o fim político seriam, por isso, os elementos fundamentais (o primeiro instrumental e o segundo material) da concepção em questão (DI RUFFIA, 1984, p. 89).

O entendimento acima se identifica com a expressão *regime*, o qual, sob uma perspectiva jurídico-política, pode ser compreendido como o conjunto de forças políticas que

inspiram o complexo normativo conferindo as diretrizes da atuação do Estado como um todo (DI RUFFIA, 1984, p. 89 e 90).

Não obstante a importância das concepções anteriormente abordadas, há um sentido identificado pelo autor, considerado superado em razão dos acontecimentos posteriores, mas que deixou muitos vestígios no pensamento atual, típico do pensamento oitocentista (tanto que o autor o considera como *puramente histórico-oitocentista*), característico do constitucionalismo moderno, cujo marco histórico remonta à primeira metade do século XIX, com a difusão das constituições escritas e a afirmação das teorias político-liberais:

As grandes ondas revolucionárias de 1789-99 e de 1848, dando origem, pela primeira vez, a numerosas *constituições escritas* em muitos países que não a tinham, forneceram-lhes, ao mesmo tempo, um conteúdo em boa parte comum – inspirado nos ditames da doutrina político-liberal, então dominante – em consequência; e daí foi breve o passo para considerar como *Constituições* e como *Estados constitucionais* somente aqueles atos e aquelas ordenações estatais que resultaram inspirados pela mesma doutrina. Isto explica como a *Declaração francesa dos direitos* de 1789, no art. 16, podia afirmar que: “toute société, dans laquelle la garantie des droit n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a pas de constitution”¹³ (DI RUFFIA, 1984, P. 89).

Especialmente nesse último sentido, podemos identificar um ponto importante da doutrina do constitucionalismo: nota-se que a ideia de constituição e de constitucionalismo na modernidade se relacionam intimamente com a reação ao poder arbitrário praticado pelo soberano (especialmente nos regimes absolutistas), de modo que as revoluções liberais – notadamente Francesa, Inglesa, Americana – são consideradas como marco histórico do nascimento do constitucionalismo moderno¹⁴. Assim, “(...) o constitucionalismo que nasce com as Revoluções Liberais pretendeu recompor aos seus devidos lugares as coisas políticas, ou seja, afastar reis que se pretendiam absolutos, acima do Direito”, sobretudo por intermédio da doutrina da separação dos poderes e dos direitos fundamentais (AMARAL JUNIOR, 2012, p. 07).

O Estado Liberal de Direito¹⁵, expressão jurídica da democracia liberal, notadamente no direito francês¹⁶, pautou-se no princípio da legalidade como solução aos arbítrios

¹³ No vernáculo: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

¹⁴ Barroso (2003, p. 59) é mais enfático ao delimitar o fenômeno: “‘We the people... do ordain and establish this Constitution for the United States of America’. Com esta proclamação, que abre a Constituição norte-americana, primeiro exemplo de uma Carta escrita e solenemente ratificadas, inicia-se o constitucionalismo moderno”.

¹⁵ Sem olvidar do fato de que “(...) o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção formal de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição” (STRECK; MORAIS, 2012, p. 93).

praticados pelo soberano. Diante da necessidade de conter os abusos cometidos pelos detentores do poder no antigo regime, referido princípio foi instituído como fundamento da nova ordem que se estabelecia, de modo que a lei foi exaltada como um ato supremo, cujo objetivo era eliminar as tradições jurídicas do absolutismo¹⁷ (MARINONI, 2011, p. 25).

O modelo jurídico do Estado Liberal de Direito era qualificado pela supremacia do princípio da legalidade, de maneira que os demais Poderes do Estado (Executivo e Judiciário) assumiam um papel de subordinação em relação ao Poder Legislativo. Na clássica lição de Montesquieu acerca da teoria da tripartição dos poderes, o Judiciário era tido como a boca que pronuncia as palavras da lei¹⁸ (CAMBI; PEREIRA, 2014, p. 437). Assim, a atuação do executivo dependia de autorização legal, e deveria conformar-se aos seus exatos limites, tal como o judiciário apenas era encarregado de aplicar a letra fria da lei, sem possibilidade de interpretá-la; na teoria da separação dos poderes, cabia única e exclusivamente ao legislativo a tarefa de criação do direito (MARINONI, 2011, p. 27).

Especialmente a partir de meados da década de 1940, o constitucionalismo foi adquirindo uma roupagem mais contemporânea, cujas ideias formaram a base da doutrina do *constitucionalismo contemporâneo* ou *neoconstitucionalismo*.

1.3 Neoconstitucionalismo

A doutrina do neoconstitucionalismo foi construída a partir da introdução de normatividade material (ou substancial) no conteúdo constitucional, para além das normas relativas à organização do poder e das competências. A atuação estatal passa a estar vinculada aos objetivos e fins constitucionais (MARTÍN, 2014, 157), de modo que a Constituição toma o lugar fundamental outrora ocupado pelos Códigos e assume o centro do ordenamento jurídico (CAMBI, 2012, p. 84).

Assim, nesse contexto de superação do paradigma pautado pela validade meramente formal do direito, com o crescente enfraquecimento do modelo jurídico tradicional, de cunho

¹⁶ “Nesse sentido se pode dizer que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembléia parlamentar. Daí a impossibilidade de confundir o *rule of law* inglês com o princípio da legalidade. O parlamento inglês eliminou o absolutismo, ao passo que a assembléia parlamentar do direito francês, embora substituindo o rei, manteve o absolutismo através do princípio da legalidade. Diante disso, e grosso modo, no direito inglês a lei pôde ser conjugada com outros valores, dando origem a um sistema jurídico complexo – o *common law* –, enquanto nos países marcados pelo princípio da legalidade o direito foi reduzido à lei” (MARINONI, 2011, p. 26).

¹⁷ “Para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. Não bastaria uma ordenação do rei” (MARINONI, 2011, p. 26).

¹⁸ “Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 2000. p. 175).

liberal, desenvolvido a partir das revoluções burguesas do século XVIII, focado na luta contra o absolutismo e pautado na legalidade como solução aos arbítrios do soberano¹⁹, sobretudo a partir do período que compreende o pós-guerra²⁰, em meados do século XX, um novo paradigma se estabeleceu, focado na efetividade material dos direitos fundamentais e com principal fundamento na dignidade da pessoa humana.

Diante disso, o positivismo jurídico, doutrina intimamente ligada à concepção liberal do direito, pelo qual se prepondera a forma normativa em detrimento de seu conteúdo²¹, bem como relacionado a um conceito de constitucionalismo também formal, acabou superado pelo chamado pós-positivismo. Por sua vez, o pós-positivismo²², apontado por Barroso (2013, p. 07) como o marco filosófico das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo e por Cambi (2011, p. 79) como uma das consequências filosóficas do neoconstitucionalismo, apresenta-se como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista (BARROSO, 2013, p. 07), de modo que, nas palavras do aludido autor, ele

[...] não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando de sua elaboração.

É nesse contexto que se destaca o *neoconstitucionalismo*²³, pelo qual se busca uma interpretação e compreensão jurídicas, consequentemente da Constituição, a partir de um método mais eficiente e atual (CAMBI, 2011, p. 37; CAMBI; PEREIRA, 2014, p. 437).

¹⁹ Como lembra Marinoni (2011, p. 27), “O princípio da legalidade, assim, acabou por construir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”.

²⁰ Embora se refira ao constitucionalismo, como sendo “(...) aquele que resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva”, consistente numa segunda revolução no direito em razão de uma “(...) alteração interna do paradigma positivista clássico”, eis que a primeira revolução ocorreu com a afirmação do princípio da legalidade, Ferrajoli (2011, p. 43 e 44) ressalta “(...) um momento na história no qual pode ser colocada essa mudança de paradigma. É o momento seguinte à catástrofe da segunda guerra mundial e à derrota do nazifascismo”.

²¹ “O positivismo jurídico não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação” (MARINONI, 2011, p. 32).

²² Ou *neopositivismo* (CAMBI, 2011, p. 79).

²³ Importa salientar que o termo *neoconstitucionalismo* não tem a pretensão de ser a solução de todos os problemas do direito, nem tampouco sustenta a efemeridade de um modismo. Trata-se, todavia, de um método de compreensão crítica da interpretação e da aplicação das leis, tendo por base a Constituição e os direitos fundamentais (CAMBI, 2012, p. 84). Sobre a utilização do prefixo *neo-*, conferir Francisco (2012, p. 52).

Ocorre uma mudança no papel do jurista, sendo que sua obrigação “(...) não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais” (MARINONI, 2011, p. 47). Busca-se, portanto, a superação do “(...) paradigma da *validade meramente formal* do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica” (CAMBI, 2011, p. 37).

A respeito do neoconstitucionalismo, Martín (2014, p. 148) ressalta que ele está inserido no quadro institucional das democracias constitucionais, as quais se caracterizam pela positivação de uma Constituição na maioria das vezes vasta e densa, sendo constante de seu corpo, além das normas pertinentes à organização do poder, um catálogo mais ou menos extenso de direitos fundamentais e princípios. Trata-se de qualidade característica das Constituições do segundo pós-guerra.

Assim, por se tratarem de Constituições que trazem no seu bojo uma gama de princípios que condicionam a atuação dos poderes, incluindo a atividade legislativa, surge nesse contexto uma tensão entre o ideal (neo)constitucionalista e o ideal democrático: há a prevalência de uma norma constitucional²⁴ sobre a norma produzida pelo Poder Legislativo, órgão eleito democraticamente pelo povo e que, por esta razão, representa(ria) sua vontade, e cujo controle de constitucionalidade cabe ao Poder Judiciário, não eleito pelo voto popular. Evidencia-se, portanto, um aparente conflito entre democracia e constitucionalismo, de modo que um sistema político democrático não admitiria a limitação constitucional, e um sistema constitucional não admitiria a decisão democrática sobre determinadas matérias (MARTÍN, 2014, p. 150).

Deste modo, esse núcleo constitucional inatingível, mesmo pela decisão legislativa (como dito, considerada democrática por ter sido emanada de um órgão composto por membros eleitos pelo voto), que consiste em característica da estrutura constitucional, chamado por Ferrajoli (2011, p. 49) de *esfera do indecível*²⁵ é bem representado pelas amarras de Ulisses, no épico *Odisseia*:

²⁴ Que, como ressalta a autora, “Nem sempre o momento constituinte é de imparcialidade inspirado pelo interesse geral. Às vezes, o que se pretende realmente é *atrincheirar* certos temas porque o momento constituinte tem sido aproveitado por certas forças para introduzir no texto constitucional a garantia rígida de seus interesses, aproveitando-se de situações de turbulência política” (MARTÍN, 2014, p. 150).

²⁵ “Na tradição do constitucionalismo democrático, as necessidades e os interesses vitais das pessoas estipulados como mercedores de tutela têm sido expressados quase sempre sob a forma de direitos fundamentais”, sendo eles os principais delineadores do “(...) sistema de limites e vínculos substanciais aos poderes públicos que denominei ‘esfera do indecível’, formada por aquilo que a nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir” (FERRAJOLI, 2011, p. 49).

[...] na Odisseia (Homero, 1997), Ulisses, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida destas provações era o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, Ulisses ordena aos seus subordinados que o acorrentem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, Ulisses sabia que não resistiria e, por isso, criou uma auto-restrição para não sucumbir depois. Do mesmo modo, as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas). (STRECK, 2009, p. 76).

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição²⁶, portanto, possuem eficácia irradiante e vinculante, pois se difundem por todo o ordenamento jurídico e exigem o cumprimento de suas prescrições, ou seja, passam a operar como *diretrizes* da atuação do Poder Público (SARLET, 2012, p. 143; CAMBI, 2011, p. 60), nas suas funções legislativa, executiva e judiciária.

Assim, tem-se que as Constituições, especialmente as advindas a partir de meados do século XX²⁷, não mais se limitam a organizar e separar os poderes e distribuir as competências dentro de um Estado, mas também trazem normas que condicionam a atuação estatal, acrescentando à sua condição de uma norma formal e juridicamente superior o fato de serem axiologicamente supremas. Seu texto está repleto de normas, direitos, princípios e valores que orientam e condicionam a atividade estatal, abrindo campo a conflitos quando de sua interpretação (MARTÍN, 2014, p. 158).

O neoconstitucionalismo, segundo Martín (2014, p. 158), junta elementos das tradições clássicas constitucionais: forte conteúdo normativo, indo além da organização do Estado, e garantia constitucional, ante uma sensação de desconfiança em relação ao legislador. Com isso, o Poder Judiciário assume papel cada vez mais importante na efetivação dos direitos, em especial os direitos fundamentais, de modo que, de mero aplicador técnico e acrítico da lei²⁸, passa a desempenhar “(...) uma análise sistêmica, teleológica e histórica de inserção da norma nos respectivos contextos, para que assim pudesse extraí-la dos textos legais” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99).

²⁶ Ou mesmo fora dela, pois, tendo em vista seu conteúdo e importância, podem ser equiparados aos direitos formal e materialmente fundamentais (SARLET, 2012, p. 80).

²⁷ E aqui se insere a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁸ “Por força dessas concepções, o juiz passou a ter na Europa continental o papel que já lhe era dado na Inglaterra no começo do século XVII, devendo ser um aplicador da lei, preso à forma e proibido de analisar criticamente os textos legais para buscar a aplicação mais justa, conforme os valores sociais vigentes. Foi por esse caminho que se chegou ao juiz ‘escravo da lei’ (...)” (DALLARI, 2006, p. 11).

O *neoconstitucionalismo*, portanto, representa um método mais adequado à avaliação das demandas da sociedade contemporânea, caracterizada por desmedida complexidade²⁹ e pluralismo³⁰, capazes de ocasionar graves crises ao direito³¹.

Como herança do direito francês, foi transmitido ao direito brasileiro um sistema regido por dogmas até hoje cultuados, como o mito³² da neutralidade do julgador³³, baseado na busca por juízos de verdade/certeza³⁴, com vistas à segurança jurídica³⁵, assim como pretensões de homogeneidade³⁶. Tais postulados não mais se sustentam, e precisam ser revistos, no cenário atual de globalização, pluralismo e multiculturalismo (CAMBI; PEREIRA, 2014, p. 437).

O ordenamento jurídico e a atuação estatal – incluindo a judicial – devem sempre estar atentos ao valor da dignidade da pessoa humana³⁷, com o objetivo de constituir uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos³⁸, destinada à promoção do bem de todos, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação³⁹. A Constituição Federal e, conseqüentemente, os direitos fundamentais ocupam posição central. Merecem ser resguardados e concretizados (CAMBI; PEREIRA,

²⁹ “Este conceito, o da complexidade, tem sido particularmente estudado no campo da cibernética, da inteligência artificial e da teoria dos sistemas em geral e aplicado aos sistemas sociais por autores com preocupações muito diversas. Nem sempre com o mesmo sentido, nem com grande precisão. De qualquer maneira, é possível afirmar, sem maior hesitação, que os fenômenos da aceleração histórica, associados às descobertas científicas e tecnológicas das últimas décadas, ampliaram de modo excepcional o universo de opções possíveis no campo da interação humana” (CÁRCOVA, 1998. p. 173).

³⁰ “Os princípios são fruto do pluralismo e marcados pelo seu caráter aberto” (MARINONI, 2011. p. 54).

³¹ “A sociedade tecnológica e de consumo transforma tudo rapidamente. O direito, por estar influenciado pela cultura, é resultado das idéias, valores e normas compartilhadas em um grupo social. O direito contemporâneo vive uma crise existencial, tendo dificuldades de promover valores essenciais como a segurança e a justiça. A complexidade do mundo atual gera incertezas aos intérpretes” (CAMBI, 2012, p. 83).

³² De acordo com WARAT (*apud* BECKER, 2009, p. 108), “o mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso”.

³³ “Todavia, não existe juiz neutro, pois não está imune às ideologias” (BECKER, 2009, p. 115).

³⁴ “No caso do direito (e do processo), trata-se da servidão fanática à lei. O jurista (...) transforma a certeza em verdadeiro mito, sobre o qual é construído um processo civil que (...) identifica jurisdição e certeza (*iuris dictio* = dizer o direito com certeza). Ademais, (...) essa identificação entre certeza e jurisdição se adequava muito bem ao legalismo e à separação estrita de poderes, uma vez que os juízos de verossimilhança pressupõem ‘que o magistrado tenha poder de império para criar alguma forma de tutela processual’ (...) algo inadmissível para uma separação de poderes em que o juiz não passa de *bouche de la loi*” (BECKER, 2009. p. 60).

³⁵ “O ‘sistema’ tradicional baseia-se em representações ideais (tais como ‘igualdade perante a lei’, ‘autonomia de vontade’, ‘certeza’ e ‘segurança jurídica’) que, na verdade, são instrumentos retóricos exercendo função persuasiva. Tais representações agem por via do emocional e destinam-se a ocultar a diversificação interna da estrutura normativa e institucional” (PORTANOVA, 2003.p. 56).

³⁶ “Lembre-se que à época do Estado liberal a lei era considerada fruto da vontade de um parlamento habitado apenas por representantes da burguesia, no qual não havia confronto ideológico” (MARIONI, 2011, p. 43)

³⁷ Valor que consiste em um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, uma vez que corresponde a um de seus fundamentos (art. 1º, inc. III, CF).

³⁸ Preâmbulo da Constituição da República brasileira.

³⁹ Art. 3º, inc. IV, CF.

2014, p. 437). Como todo direito, o direito constitucional tem por objetivo sua realização, existe para realizar-se (BARROSO, 2003, p. 87).

Como consequência dessa conjuntura, ocorre evidente protagonismo exercido pelos órgãos do Poder Judiciário – e aqui se destaca a atuação do órgão que, no Brasil, compõe sua cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF). Com isso, muitas vezes em possível e aparente confronto com os demais Poderes constituídos, ou mesmo nos casos de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, surgem indagações a respeito da legitimidade democrática de seu exercício jurisdicional.

Assim, sob a novel conjuntura ora experimentada, é possível afirmar com segurança que houve um estreitamento dos “(...) vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc. são informados por relações de poder” (CAMBI, 2011, p. 37). Temas como *judicialização da política e ativismo judicial* surgem à tona, reflexo de uma realidade plural e consciente que busca a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente nos temas relacionados aos direitos de prestação⁴⁰, o que permite cogitar, ou mesmo constatar a assunção, pelo Supremo, de evidente papel político, tema outrora repudiado.⁴¹

Além disso, vale a pena mencionar a atuação do STF na salvaguarda dos direitos fundamentais quando da frequente insuficiência do modelo tradicional, tendo em vista a necessidade de apreciação e manifestação acerca de situações que fogem do padrão individualista então vigente, como no caso dos direitos transindividuais ou metaindividuais, aqui compreendidos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, o Poder Judiciário, cujo órgão máximo consiste no Supremo Tribunal Federal, assumiu elevado destaque em relação aos demais Poderes, posição antes por estes ocupada, o que pode ser bem visualizado na observação feita por Antoine Garapon, Secretário Geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça, localizado na França, citada por Dallari (2006, p. 13): “Se o Direito liberal do século XIX foi o do Poder Legislativo, o direito material do Estado-providência do século XX foi o do Executivo, o que se anuncia poderá bem ser o do juiz”. Como consequência, há uma exacerbada expansão da jurisdição

⁴⁰ Segundo a classificação adotada por Sarlet (2012, p. 185), “(...) os direitos fundamentais de prestação objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende muito de uma postura ativa dos poderes públicos”.

⁴¹ “Esses ideais, no campo do direito processual, refletiam-se na exigência de que a jurisdição fosse confiada a juízes desprovidos de qualquer poder de império, passivos e inertes, cuja única missão deveria ser a mera aplicação do direito legislado” (SILVA, 2005, p. 101).

constitucional, o que justifica mais meticulosa análise sobre seus modelos, funções e responsabilidades, especialmente no caso brasileiro⁴².

1.4 Direitos fundamentais

Ao adentrar na temática dos direitos fundamentais, diversas teorias e posições relativas ao seu conceito podem ser encontradas. Desde concepções jusnaturalistas, que defendem serem os direitos fundamentais valores inerentes ao ser humano ou pertencentes à natureza humana⁴³, até juspositivistas, para as quais os direitos fundamentais representam preceitos definidos como tal em um determinado ordenamento jurídico⁴⁴.

Não obstante, pode-se afirmar que os direitos fundamentais consistem em valores historicamente adquiridos mediante lutas e revoluções contra o poder absoluto, e que representam o resultado da oposição contra inúmeras violações e desrespeitos ao ser humano, bem como à sua dignidade⁴⁵.

Por se tratarem de valores considerados basilares, ou fundamentais, a um Estado e sua sociedade, os direitos fundamentais foram positivados no corpo constitucional, de modo a receber proteção tanto do legislador ordinário quanto do poder constituinte reformador. Eles compõem, pois, parte do núcleo intangível constitucional, ao qual se atribuiu a denominação de cláusulas pétreas.

No Brasil, a Constituição da República prevê, no seu art. 60, §4º, que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional destinada a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, bem como os direitos e garantias individuais.

Ao lado do conceito de direitos fundamentais, importa ressaltar a ideia de fundamentalidade formal e material. Como leciona Sarlet (2001, p. 11), são fundamentais

⁴² Acerca desse tema, remete-se o leitor ao segundo capítulo deste trabalho.

⁴³ “(...) o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada (...) de ‘pré-história’ dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2012, p. 38).

⁴⁴ Sarlet (2012, p. 44), depois de ressaltar a importância das declarações de direitos, tais como a americana e a francesa, na consagração dos direitos fundamentais, explica: “Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positividade dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) desses direitos.”

⁴⁵ “Em verdade, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos” (FERRAJOLI, 2011, p. 11).

aquelas posições que, “(...) do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal)”.

Os direitos fundamentais, sob o ponto de vista formal, estão relacionados ao direito positivo. As características que destacam sua fundamentalidade formal são: a) sua localização culminante em relação ao ordenamento jurídico, o que lhes confere o caráter *supralegal*; b) na qualidade de norma jurídica, são submetidos a limites formais e materiais quando da reforma constitucional; c) possuem aplicabilidade imediata, conforme consagra o artigo 5º, §1º, CR (SARLET, 2012, p. 74).

No tocante à fundamentalidade material, mencionados direitos constituem “(...) elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (SARLET, 2012, p. 75).

Logo, pela adoção dessa sistemática, resulta o fato de que, sob o aspecto material, “(...) se a Constituição enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não impede que direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – não possam estar inseridos em outros dos seus Títulos, ou mesmo fora dela” (MARINONI, 2005, p. 34).

Por conseguinte, somente pela análise do conteúdo dos direitos fundamentais é que se torna possível verificar sua fundamentalidade material, ou seja, a “(...) circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (SARLET, 2012, p.75).

Assim, uma definição meramente formal, no sentido de serem fundamentais aqueles direitos constantes do corpo normativo de uma Constituição, mostra-se insuficiente, pois, como já foi ressaltado, existe a possibilidade da presença de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, de modo que se possa identificar, na expressão de Sarlet (2012, p. 78), um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito brasileiro.

Além disso, é importante atentar para as denominadas perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, já que, a princípio, eles podem tanto ser considerados como direitos subjetivos individuais como também elementos objetivos fundamentais do ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Sarlet (2012, p. 145),

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.

Portanto, os direitos fundamentais não correspondem apenas a direitos individuais subjetivos, com perfil marcadamente individualista (característica do liberalismo): representam, igualmente, valores objetivos que se disseminam por todo o ordenamento jurídico, orientando sua atuação e permitindo sua compreensão, irradiando-se perante toda a sociedade.

É nesse sentido que se torna possível compreender a necessidade da interpretação da legislação pátria, incluindo as demais normas constitucionais, sempre com foco nos direitos fundamentais.

A esse respeito, Marinoni (2005, p. 37) nos lembra de que, “(...) quando os direitos fundamentais são tomados como valores incidentes sobre o Poder Público, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que ela não pode ser dissociada de tais direitos”.

Desse modo, explanada a definição, embora de forma breve, do que se entende por direitos fundamentais, importa estabelecer critérios ainda mais delimitadores: a noção de direitos fundamentais de defesa e de prestação. Trata-se do que se costuma denominar de multifuncionalidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 155; MARINONI, 2005, p. 38).

De acordo com classificação apresentada por Sarlet (2012, p. 162), os direitos fundamentais subdividem-se em direitos de defesa e direitos a prestações.

Os direitos a prestação, por sua vez, ramificam-se em direitos a prestações em sentido amplo (os quais se subdividem em direitos à proteção e em direitos à participação na organização e procedimento) e em direitos a prestações em sentido estrito.

Os direitos de defesa correspondem aos direitos que os indivíduos possuem contra as ingerências advindas do Estado. Apesar de não corresponderem mais à realidade atual nos moldes de sua origem (eis que possuem matriz liberal-burguesa), ainda são de suma importância, tendo em vista a constante possibilidade de abuso de poder pelo Estado. Representam a necessidade de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, pelo que

são caracterizados em sua essência como *direitos negativos* e abrangem, além da liberdade e igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, notadamente ligados à primeira dimensão dos direitos fundamentais (SARLET, 2001, p. 14).

Por sua vez, os direitos a prestações presumem o cumprimento, pelo Estado, de obrigações de ordem material e jurídica. Sarlet (2012, p. 184) afirma que,

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção da sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

É justamente no tocante aos direitos fundamentais a prestações, cujas raízes se situam na evolução do Estado de Direito liberal-burguês para um estado Social e Democrático de Direito, que o problema quanto à efetividade, ou concretização, torna-se mais visível, em especial à parcela da população que possui menores condições financeiras e que deles mais dependem, eis que existem limitações de ordem econômica e jurídica para sua efetivação.

A garantia dos direitos a prestações geram dispêndios ao Estado, o que muitas vezes implica na sua retração perante demandas (sejam legislativas, executivas ou mesmo judiciárias) desta natureza e, conseqüentemente, na falta de efetividade destes direitos.

O Estado, quando da implementação de direitos a prestação, depara-se com situações que estão diretamente ligadas a serviços e bens materiais, isto é, providências que possuem uma dimensão econômica. Assim, tendo em vista a frequente limitação dos recursos econômicos, surgem proposições voltadas a condicionar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, a exemplo da teoria da *reserva do possível*⁴⁶.

Diante do protagonismo exercido pelo Poder Judiciário na proteção dos valores consagrados no ordenamento jurídico e da efetivação dos direitos fundamentais (CAMBI, 2011, p. 382), e como uma das conseqüências do neoconstitucionalismo, verifica-se a expansão da jurisdição constitucional.

⁴⁶ “Enfim, a expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas na implementação dos direitos. Saber quando incide ou não é questão de difícil solução que demanda uma análise mais profunda” (CAMBI, 2012, p. 383).

Antes de meados dos anos 1940, na maior parte da Europa, vigorava o modelo que primava pela supremacia do Parlamento (modelo inglês) e da lei (concepção francesa). Mais adiante, as constituições ulteriores ao segundo pós-guerra inspiraram-se na experiência norte-americana da supremacia da Constituição, o que se deu mediante a inclusão dos direitos fundamentais no corpo constitucional (fundamentalidade formal) e sua imunização em relação ao processo político majoritário (BARROSO, 2006, p. 22), sendo considerados como cláusulas pétreas. Com isso, a proteção constitucional foi delegada ao Poder Judiciário, e, no Estado constitucional⁴⁷ que se instaura, aos juízes e tribunais foi atribuída a tarefa de controle constitucionalidade de leis e atos dos poderes públicos.

Diante disso, verifica-se a necessidade da compreensão dos ideais democráticos a fim de conciliá-los com o paradigma neoconstitucional, a partir de uma interpretação conjunta que permita uma harmonia entre democracia e constituição, e conseqüentemente entre a doutrina democrática e a doutrina do (neo)constitucionalismo.

1.5 Por uma democracia crítica

1.5.1 Democracia e constituição

Na atualidade, a democracia predomina como a mais apropriada forma de governo, quase como um padrão a ser observado pelos Estados em geral⁴⁸. São poucas as nações que não se declaram democráticas, mesmo que, na realidade, suas práticas políticas pouco ou nada tenham em comum com os ideais desse modelo. Como ressalta Bonavides (2000, p. 345), ela é tão prestigiada que soa como grave insulto afirmar que os procedimentos de um governo se afastam das regras democráticas. Mesmo Kelsen (2000, p. 25) já relatava, no prefácio de sua obra intitulada *A democracia*, que “(...) as revoluções burguesas de 1789 e 1848 quase transformaram o ideal democrático em lugar-comum do pensamento político”, sendo que nos séculos XIX e XX a democracia passa a ser a palavra de ordem que domina quase todos os espíritos e, por essa razão, perde, como ocorre com qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio (KELSEN, 2000, p. 25). O conceito de democracia, cuja formulação consiste

⁴⁷ Martín (2014, p. 146) destaca que desde a década de setenta alguns constitucionalistas alemães (tais como Peter Häberle e Martin Kriele) iniciaram um processo de substituição da expressão tradicional *Estado de Direito* para *Estado constitucional*, assim como na doutrina italiana se percebe a tendência à referida mudança; da mesma forma, identifica o uso indistinto dos termos na doutrina espanhola.

⁴⁸ A conhecida frase atribuída ao estadista inglês Winston Churchill bem representa esse cenário: “Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos”.

em tarefa quase impossível, foi ao longo do tempo transformado em um estereótipo, marcado pela notável debilidade (STRECK; MORAES, 2012, p. 109).

Destarte, Ferreira Filho⁴⁹ (1978, p. 01) assinala que a democracia consiste numa *verdade paradoxal*, eis que, ao mesmo tempo em que está em toda parte, ela não existe em parte alguma: apesar de constar dos textos constitucionais, das leis e das filosofias dos mais variados estados, ela não é encontrada em parte alguma, pois o povo, na realidade, não governa, mas é governado.

Disso resulta, em que pesem as dificuldades em se chegar a um consentimento acerca de seu significado, a possibilidade de se constatar que a “(...) democracia de hoje é uma democracia representativa às vezes complementada por formas de participação popular direta”, diferentemente da democracia dos antigos, que “(...) era uma democracia direta, às vezes corrigida pela eleição de algumas magistraturas” (BOBBIO, 2000 p. 374).

Ocorre que, a partir de uma compreensão atual e adequada à sociedade contemporânea, o cerne da democracia não pode nem deve ser identificado e simplificado à prevalência da vontade da maioria – por intermédio de seus representantes eleitos – sobre e contra os interesses minoritários. Democracia exige o respeito à minoria – respeito aos seus direitos, atenção aos seus interesses e necessidades. E de acordo com essa lógica, é evidente que a democracia não comporta apenas as liberdades dos cidadãos na política, mas exige também limites à atuação estatal e mesmo à vontade das majorias; caso contrário, corre-se o risco de recair em evidente paradoxo: se a vontade da maioria deve prevalecer ilimitadamente, ela terá o poder de subverter as regras do jogo democrático, atacando incisivamente suas bases de modo que o regime não suporte e desmorone, dando lugar a autoritarismos. Ao mesmo tempo em que se confira aos cidadãos a possibilidade de participar e influir nos rumos do Estado, não há permissão para que se elimine ou limite direitos e liberdades viabilizadores da democracia, seja pelo Estado, seja pela maioria ou seus representantes. O constitucionalismo, portanto, funciona como as amarras de Ulisses, já mencionadas, e consiste

⁴⁹ Em relação a essa obra, é necessário considerar as críticas apresentadas por Gomes (2010, p. 49-66) no artigo intitulado *Razões para uma Ditadura: Manoel Gonçalves Ferreira Filho e a Democracia Possível*, no sentido de se tratar de um livro cuja tese objetiva a defesa do regime ditatorial que, na época de sua edição original, recaía sobre o Brasil, consistindo na proposição de um modelo de democracia que o autor qualifica como paradoxal: uma democracia autoritária. Dentre os argumentos apresentados no texto, pode-se mencionar a proposta de se retirar do povo (do *homem comum*) a possibilidade de ampla participação na política; a projeção do governo das elites (*governo formado por uma minoria democrática*); a apresentação de críticas às eleições diretas e ao sufrágio universal (encarando-os como *gigantescas encenações*); e, mais ao final, a utilização do termo *revolução* em vez de golpe militar ocorrido em 1964; críticas que, dentre outras, resulta na constatação do autor de que no referido livro há clara justificação, a partir da democracia, do regime autoritário então existente no país.

no modo concreto de aplicação e realização do sistema democrático representativo, atualmente preponderante (MATTEUCCI, 1998, p. 257).

Daí que se pode constatar, novamente com Matteucci (1998, p. 257), que embora a história revele a existência de regimes constitucionais não democráticos, nos dias atuais não se vislumbra outra forma possível de democracia que não seja constitucional.

Assim, tem-se que a essência da democracia compreende um conjunto de valores mais complexo e profundo que a mera vontade da maioria e o voto popular, abrangendo a proteção e aperfeiçoamento dos direitos e liberdades dos cidadãos; de todos eles, e não somente da maioria. Nesse sentido, a democracia pode vir a ser um valor universal.

1.5.2 A democracia como valor universal

Apesar das ressalvas acerca da dificuldade em se criar um consenso sobre seu real significado, Sen (1999, p. 03) considera a ascensão da democracia como o evento mais importante do século XX, a despeito dos demais acontecimentos notáveis ocorridos naquele período. O estabelecimento dessa forma de governo como um direito a que todos os indivíduos de todas as nações seriam titulares fez com que aludido autor a considerasse como um valor universal, um compromisso estabelecido nesse século que se tornou o ideal político dominante na contemporaneidade. Mas, explica o autor, é extremamente necessário compreender o sentido atribuído à democracia que a permitiu alcançar tais qualidades.

Ao considerar a democracia como um valor universal, Sen (1999, p. 07) alerta que não devemos identifica-la apenas com o governo da maioria, dada a complexidade das suas demandas. Devem sim ser consideradas as principais características e exigências da democracia, como por exemplo, o voto popular e o respeito ao resultado das eleições; mas sua essência não se encerra por aí. A democracia também exige a proteção dos direitos e liberdades dos indivíduos, a garantia da livre discussão e a distribuição de notícias e comentários sem censura. As liberdades de expressão, de imprensa, a necessidade de comunicação e de consideração das opiniões de ambos os lados do debate político são de notável importância para que se atinjam os ideais democráticos. Desta feita, a garantia dos direitos de primeira dimensão, tais quais os direitos civis e políticos, e a consequente proteção às liberdades dos indivíduos, consistem em pressupostos para que seja alcançada a democracia; esta, por sua vez, que é considerada por Bonavides (2011, p. 571) como um direito de quarta geração.

Na obra ora discutida, Sen (1999, p. 07) apresenta três diferentes formas pelas quais a democracia contribui para o enriquecimento da vida dos cidadãos: em primeiro lugar, destaca que a liberdade política faz parte da liberdade humana em geral, e os seres humanos enquanto seres sociais necessitam do exercício de seus direitos políticos e civis para que atinjam seus objetivos dentro do contexto social. A segunda forma que colabora para o desenvolvimento dos cidadãos consiste na capacidade da democracia de servir de instrumento do povo para que suas demandas sejam ouvidas e atendidas. Sem a democracia, não há voz da população, logo, não há concretização de seus anseios e direitos. Por fim, referido autor destaca que a prática democrática permite que os cidadãos tomem conhecimento uns dos outros, o que viabiliza a sociedade a formar seus valores, prioridades e necessidades, incluindo as econômicas. Para tanto, é necessária a discussão pública e a troca de informações a fim de que as decisões políticas sejam tomadas tendo por base a opinião e os pontos de vista dos diversos membros desta sociedade, sejam eles considerados maioria ou minoria.

Nesse sentido, também se torna perceptível a estreita relação entre democracia e constitucionalismo, apesar de, à primeira vista, parecerem conceitos contrapostos. Como já foi ressaltado no tópico anterior, ainda que a princípio não seja possível identificar o constitucionalismo com a democracia, posteriormente fica difícil imaginar uma democracia que não seja constitucional:

Se os democratas deram maior atenção à fonte do poder soberano, os constitucionalistas puseram mais em evidência sobretudo o problema dos limites e dos modos de exercício de tal poder, que não podemos adjetivar de "soberano", justamente porque uma soberania limitada é quase uma contradição nos termos (MATTEUCCI, 1998, p. 256).

Assim, o valor democrático corresponde sim à vontade da maioria, que se completa a partir dos valores abrigados pelo (neo)constitucionalismo, que permite às minorias a manutenção e proteção de seus direitos, seja contra o Estado ou mesmo contra a vontade da maioria.

Percebe-se, assim, que a democracia é complementada pelo constitucionalismo, cuja união contempla preocupações tanto a respeito da origem do poder como também da qualidade de seu exercício. Pode não ser a melhor forma de governo, mas, como ressaltava Zagrebelski (2012, p. 36), "(...) a democracia é a ideologia do nosso tempo, talvez não por convicção, nem por hábito, mas por falta de alternativas".

1.5.3 A democracia como ideologia

Antes de se adentrar ao esboço de um modelo democrático na perspectiva crítica, acredita-se ser importante o desenvolvimento do conceito da democracia como ideologia. Para tanto, serão tomadas por base as ideias da filósofa brasileira Marilena Chauí.

Segundo a autora, dois acontecimentos políticos marcantes ocorridos após a Segunda Guerra Mundial importam para a compreensão da democracia enquanto ideologia: a divisão geopolítica, econômica e militar entre dois grandes blocos, um capitalista e outro socialista, que compreende o período histórico de disputas entre Estados Unidos e União Soviética; e a organização do Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), implantado nos países avançados do norte como defesa do capitalismo contra os perigos do retorno de movimentos como o nazismo e o fascismo, assim como do advento de uma revolução comunista (CHAUÍ, 2002, p. 429).

Diante da crise econômica gerada pela guerra, das críticas ao liberalismo e da construção de uma sociedade socialista na União Soviética e na China, o temor capitalista pela luta da classe trabalhadora contra as desigualdades e injustiças do capitalismo levou a uma prática política de se afirmar a necessidade de mudança na ação do Estado, envolvendo-a para a correção dos problemas econômicos e sociais. Assim, houve intensa intervenção do Estado na economia, por intermédio do investimento em indústrias estatais, conferindo subsídios a empresas privadas na indústria, agricultura e comércio; exercendo controle sobre preços, salários e taxa de juros; assumindo encargos sociais, tais como saúde, educação, moradia, transporte e outros direitos sociais; sem olvidar das respostas às demandas por cidadania política, como o sufrágio universal (CHAUÍ, 2002, p. 429).

Nesse contexto, o bloco capitalista empenhou-se em conter rebeliões populares nos países em desenvolvimento, a fim de evitar possíveis revoluções socialistas. Os dois principais motivos que consolidavam o perigo de acontecimento de tais revoluções residiam no fato de que esses países eram colônias dos países desenvolvidos, e neles as desigualdades econômicas e sociais e as injustiças eram gritantes, o que poderia gerar conflitos libertários e revoluções. Com o fito de conter referidos movimentos, o bloco capitalista desenvolvido concedeu empréstimos aos Estados periféricos, por intermédio do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, para que investissem em serviços sociais e empresas estatais, bem como ofereceram “ajuda” militar a fim de reprimir movimentos revolucionários. Houve, portanto, grande influência dos países capitalistas desenvolvidos na proliferação de ditaduras militares nos países periféricos, por volta dos anos sessenta, como ocorreu no Brasil.

E a defesa da democracia ocupou o centro do discurso político capitalista (CHAUÍ, 2002, p. 429).

Assim, ora considerada nociva (como quando da expansão de formações sociais totalitárias em oposição à democracia liberal, responsabilizada pelo caos sócio-econômico experimentado), ora tida como representação do bem (reproduzida pela luta dos Estados capitalistas contra o totalitarismo), a democracia “(...) deixava de ser encarada como forma da vida social para tornar-se um tipo de governo e um instrumento ideológico para esconder o que ela é, em nome do que ela vale” (CHAUÍ, 2002, p. 430).

A democracia é, assim, reduzida a um regime político eficaz, baseado na ideia de cidadania organizada em partidos políticos e manifestando-se no processo eleitoral de escolha dos representantes, na rotatividade dos governantes e nas soluções técnicas (e não políticas) para os problemas sociais (CHAUÍ, 2002, p. 430).

Sob esse ponto de vista, a democracia se apresenta como uma ideologia política. Em que pesem as declarações universais de direitos dos cidadãos, ideal que remonta aos tempos da Revolução Francesa e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a sociedade democrática está estruturada de maneira puramente formal, ou seja, declara formalmente os direitos, mas, concretamente, não garante sua realização à maioria da população (CHAUÍ, 2002, p. 430). Assim evidencia-se o caráter ideológico da democracia.

O termo ideologia pode ser entendido como

[...] um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção (CHAUÍ, 2001, p. 108).

Para tanto, a ideologia mascara as diferenças de classes e busca fornecer aos membros da sociedade um sentimento de identidade social. Utiliza-se de certos referenciais identificadores genéricos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado (CHAUÍ, 2001, p. 108), escondendo a realidade que lhe deu origem.

Desta forma, “(...) uma ideologia não nasce do nada, nem repousa no vazio, mas exprime, de maneira invertida, dissimulada e imaginária, a *práxis* social e histórica concretas” (CHAUÍ, 2002, p. 430).

E o que a democracia enquanto ideologia busca maquiar? O fato de que há, na prática e nas ideias democráticas, valores mais elevados e mais profundos do que a ideologia democrática permite transparecer:

Que significam as eleições? Muito mais do que a mera rotatividade de governos ou a alternância no poder. Simbolizam o essencial da democracia: que o poder não se identifica com os ocupantes do governo, não lhes pertence, mas é sempre um lugar vazio, que os cidadãos, periodicamente, preenchem com um representante, podendo revogar seu mandato se não cumprir o que lhe foi delegado para representar.

As ideias de situação e oposição, maioria e minoria, cujas vontades devem ser respeitadas e garantidas por lei, vão muito além dessa aparência. Significam que a sociedade não é uma comunidade una e indivisa voltada para o bem comum obtido por consenso, mas, ao contrário, que está internamente dividida e que as divisões são legítimas e devem expressar-se publicamente. A democracia é a única forma política que considera o conflito legítimo e legal, permitindo que seja trabalhado politicamente pela própria sociedade.

As ideias de igualdade e liberdade como direitos civis dos cidadãos vão muito além de sua regulamentação jurídica formal. Significam que os cidadãos são sujeitos de direitos e que, onde tais direitos não existam nem estejam garantidos, tem-se o direito de lutar por eles e exigi-los. É esse o cerne da democracia. (CHAUÍ, 2002, p. 431).

Assim, determinada sociedade pode ser considerada democrática quando, além de contemplar eleições, partidos políticos, divisão de poderes, respeito à vontade da maioria e também da minoria, institui algo mais profundo e que é condição do próprio regime político: a criação de direitos (CHAUÍ, 2002, p. 431).

Desde seus primórdios na Grécia Antiga, a democracia sustentou-se na instituição de três direitos fundamentais: a igualdade, a liberdade e a participação no poder (CHAUÍ, 2002, p. 432).

O sentimento de igualdade, arraigado na mente humana⁵⁰, pode ser considerado com um dos impulsos para a participação democrática, ao que Dahl (2001, p. 20) chama de *lógica da igualdade*. O mesmo ocorre com a liberdade⁵¹, que permite a todos os cidadãos a exposição de suas opiniões e interesses, nos mais variados temas da vida em sociedade; assim, seja mediante a liberdade de expressão, de ir e vir, de religião e tantas outras, os indivíduos lutam contra toda e qualquer forma de censura e opressão, contra a exploração e a dominação social, econômica, cultural e política (CHAUÍ, 2002, p. 432). Não menos importante, a

⁵⁰ “O homem é ser biológico, com instintos, inteligência e ego. A igualdade atende à primeira condição: pensamos, sentimos, comemos, vestimos, aprendemos, precisamos de casa e de remédios, na base de estalão necessário comum. A democracia constitui o reconhecimento do sentimento do poder em cada um” (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 59).

⁵¹ “A liberdade dá ensejo a que nasça a personalidade, cortando as ataduras de passado de opressões (escravidão, servidão, processo inquisitorial, etc.)” (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 60).

participação no poder consiste no direito, comum a todos, de participar das discussões e deliberações relativas à sociedade em que vivem, podendo de alguma forma influir nas decisões políticas. Porém, diferentemente da democracia dos antigos (que era direta), a democracia em suas instâncias tipicamente políticas é representativa, indireta.

A criação de direitos e sua efetiva concretização, como constata Chauí (2002, p. 431 a 433), além da mera declaração, evidencia a democracia. E dois importantes fatores permitem distinguir a sociedade democrática das demais formas sociais e políticas: trata-se de uma sociedade que considera os conflitos de necessidades e de interesses legítimos e os institui como direitos⁵², de modo que sejam reconhecidos e respeitados; e de uma sociedade verdadeiramente histórica, ou seja, aberta às transformações, ao possível, ao novo.

1.5.4 A democracia crítica

A noção de democracia na atualidade, partindo da abordagem até aqui explorada, não pode mais ser considerada como algo fechado e homogêneo, um lugar comum onde iguais e desiguais se igualam cruelmente em uma só regra: a regra da maioria. Onde o voto popular, soberano, elege membros de um órgão legiferante; este, soberano por delegação, que ainda pode ser mais soberano que quem lhe conferiu o poder, pois poderá agir até contra os interesses da maioria que o elegeu. A ideia de uma democracia radical ou acrítica⁵³, calcada na vontade da maioria ainda que em desrespeito aos direitos das minorias, pode até derrubar o Estado de Direito (ZAGREBELSKY, 2012, p. 147).⁵⁴

Em vez de um modelo hermético e excludente, almeja-se um paradigma mais adequado à sociedade contemporânea: um modelo aberto ao diálogo, tolerante, respeitoso para com a vontade da maioria, mas sem esmagar os interesses da minoria vencida democraticamente. O espírito democrático crítico pressupõe a discussão das ideias e o convencimento como forma de fazer preponderar as decisões políticas, ao contrário da

⁵² A autora é assente em explicar que necessidade, interesse e direito são coisas diferentes. A necessidade, assim como o interesse, são particulares e específicos e ambos podem ser conflitantes. Há, por exemplo, a necessidade de comida ou de água; assim como há o interesse dos estudantes ou dos comerciantes. O direito, ao contrário, é geral e universal; vale pra todos. Assim, uma carência ou interesse pode refletir num direito, como, no exemplo acima citado, a carência de água pode repercutir no direito à vida ou à saúde, ou o interesse dos estudantes no direito à educação (CHAUÍ, 2002, p. 431).

⁵³ Expressões utilizadas por Zagrebelsky (2012, p. 147).

⁵⁴ “Abaixo as instituições, viva o povo! Esse poderia ser o lema dos demagogos do nosso tempo” (ZAGREBELSKY, 2012, p. 147).

democracia radical, que busca impor-se mediante dogmas e ideologias desleais.⁵⁵ Pode ser considerado como um modelo aberto ao novo e ao diferente, e consciente da complexidade e pluralidade que caracteriza a sociedade contemporânea.

A democracia crítica, conforme ensina Zagrebelsky (2012, p. 139), não diviniza o povo nem lhe retira a autoridade; procura, sim, limitá-lo. Referido autor ressalta que, “(...) para seguir o desejo das massas e agradar ao povo não é necessário ser democrata” (2012, p. 105), ao lembrar que mesmo os regimes totalitários podem se apoiar no desejo das massas⁵⁶, o que não os tornam mais democráticos, tampouco menos autoritários. Ao contrário: pode restar evidenciado o uso instrumental da democracia, sendo o povo utilizado como uma *peça de tabuleiro* para a consecução de outras finalidades.

Um dos pilares da democracia em geral e da democracia crítica em especial é a lógica da igualdade⁵⁷; mas é o reconhecimento da igualdade também dos vícios e virtudes em todos os indivíduos, da possibilidade de acertos assim como de erros, pelo que se justifica a atribuição de autoridade não a um ou a alguns, mas a todos (ZAGREBELSKY, 2012, p. 135). E, ainda segundo Zagrebelsky (2012, p. 139), “(...) a autoridade do povo (...) provem não das qualidades que o fazem similar a Deus, mas dos seus limites, que o tornam parecido com os homens dos quais é composto”.

O reconhecimento dos necessários limites à soberania popular e à concepção radical de democracia nos remete a um tema assaz importante, qual seja, os objetivos e funções da jurisdição constitucional, e a aparente tensão entre eles. Ao contrário de sua concepção radical, a democracia crítica pressupõe e justifica o papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional.

A esse respeito, no Brasil, ressalta-se o papel do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário que tem por finalidade a guarda da Constituição e o exercício por excelência da jurisdição constitucional. Ele atua, quando necessário, de forma contramajoritária na proteção de direitos fundamentais e na limitação do poder; defende as regras do jogo democrático, previstas na Constituição, e protege os direitos contra eventuais abusos – seja da maioria ou da minoria – ainda que aclamado pela vontade majoritária.⁵⁸

⁵⁵ “Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, deve mobilizar-se contra quem recusa o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder, crê ter sempre a razão. A mansidão – como atitude do espírito aberto ao discurso comum, que não pretende impor-se, mas sim convencer e estar disposto a ser convencido – é com certeza a virtude cardeal da democracia crítica” (ZAGREBELSKY, 2012, p. 152).

⁵⁶ Exemplos não faltam. O nazismo é um deles.

⁵⁷ Como já mencionado no item 1.5.3.

⁵⁸ Recente exemplo da atuação contramajoritária do STF em defesa das regras do jogo democrático pode ser encontrado no julgamento do Recurso Extraordinário 633.703/MG, relativo à (não) aplicabilidade da chamada

Assim, no contexto ora abordado, o estudo da jurisdição constitucional revela-se de notável importância, razão pela qual o tema será objeto de análise do capítulo seguinte.

“Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar 135/2010) às eleições daquele ano, em respeito ao princípio da anterioridade eleitoral constante do artigo 16 da Constituição. Conforme consta da decisão: “Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei do Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia.

A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. Toda a população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições.

É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição” (Informativo STF n. 620).

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*A justiça é o pão do povo.
Às vezes bastante, às vezes pouca.
Às vezes de gosto bom, às vezes de gosto ruim.
Quando o pão é pouco, há fome.
Quando o pão é ruim, há descontentamento.*

Bertold Brecht

2.1 Direito e política

Como já consignado no capítulo anterior, a sociedade, enquanto associação humana organizada voltada à maximização do atendimento das necessidades e à efetiva realização da condição humana de seus participantes, resulta na hierarquização de indivíduos e interesses, recaindo numa inevitável situação de desigualdade. O desenvolvimento da sociedade organizada, onde paira esse estado de desigualdade institucionalizada, só se vislumbra possível mediante a *institucionalização do poder político* (CALMON DE PASSOS, 2000, p.45), cuja característica fundamental é o uso legítimo da força⁵⁹, principal distintivo em relação às demais modalidades de poder atuantes no seio social.

No tocante ao tema do *poder*, Bobbio (1998, p. 954) apresenta uma breve e pontual definição que ajuda a compreender a ideia de *poder político*. Segundo o autor, o *poder* consiste numa “(...) relação entre dois sujeitos, dos quais um impõe ao outro a própria vontade e lhe determina, malgrado seu, o comportamento”. Por sua vez, a respeito do poder político, enquadrado na categoria do poder *do homem sobre outro homem*, e não na do poder *do homem sobre a natureza*, referido autor explica que ele se expressa de várias maneiras, “(...) onde se reconhecem fórmulas típicas da linguagem política: como relação entre governantes e governados, entre soberano e súditos, entre Estado e cidadãos, entre autoridade e obediência, etc.” (BOBBIO, 1998, p. 955), ou seja, recai na já citada dicotomia resultante da inevitável condição de desigualdade advinda da sua existência. Nessa *sociedade de desiguais*, onde há subordinação de vontades, o poder político corresponde ao *poder supremo*, pois se caracteriza pelo monopólio do uso da força em relação aos demais integrantes do grupo social⁶⁰, “(...) no

⁵⁹ Sem esquecer de que, de acordo com Calmon de Passos (2000, p. 5), “A institucionalização do uso legítimo da força se dá pelos que, no grupo, detêm suficiente poder para fazê-lo, com o que, inelutavelmente, privilegiam-se desse poder”.

⁶⁰ Bobbio (2000, p. 217-221) explica que comumente são utilizados três critérios distintos para diferenciar a relação de poder político das demais formas de poder: a *função* por ela exercida; o *fim* a que se inclina; e os

sentido da monopolização da posse e uso dos meios com que se pode exercer a coação física” (BOBBIO, 1998, p. 956), em contrapartida às demais formas de poder (como os já referidos poderes econômico e ideológico).

Portanto, visto que o poder político é caracterizado pelo uso legítimo da força, razão pela qual é considerado o *poder supremo*, nas relações entre os indivíduos participantes do grupo social, em que pese a influência dos demais tipos poder, isto é, “(...) não obstante o estado de subordinação que a expropriação dos meios de produção cria nos expropriados, não obstante a adesão passiva aos valores transmitidos por parte dos destinatários das mensagens emitidas pela classe dominante”, é certo que o poder político tem – e deve ter – a capacidade e a incumbência de resolver os conflitos que surgem no contexto social, com a finalidade de se preservar e de impedir a subversão, ou seja, “(...) apenas o emprego da força física consegue impedir a insubordinação e domar toda forma de desobediência” (BOBBIO, 2000, p. 222).

Uma vez que o poder político é definido como aquele poder que se serve em última instância da força física para alcançar os efeitos desejados, ele é também aquele poder ao qual se apela para resolver os conflitos cuja falta de solução teria por efeito a desagregação interna da comunidade política (BOBBIO, 2000, p. 222).

Ou seja, como bem explica Calmon de Passos (2012, p. 45-46), “Sem dispor de poder político ninguém está apto para dizer o que deve ser feito ou não deve ser feito, salvo como conselho, tentativa de persuasão, esforço no sentido de obter o consenso ou aquiescência do interlocutor”. E continua o autor, ao assentar que “(...) persuasão e conselho são mecanismos de pouca serventia social, porque lentos e precários, para garantir a convivência humana em termos de eficácia”.

Desta forma, o direito encontra-se intimamente associado às formas de poder, especialmente ao poder político, e pode ser visto como uma técnica de integração dos poderes no interior da sociedade voltado à conformação da ordem social e à resolução dos conflitos a ela inerentes. Contudo, além dessa concepção, na base dessa complicada correspondência, o direito é tido ora como fundamento do poder político, ora como seu resultado ou produto, a depender do ponto de vista. Explica-se.

meios por ela utilizados. Refutando os critérios da *função* e dos *fins* como melhores distintivos, em razão da sua insuficiência ou inadequação, o autor entende que o mais adequado para caracterizá-lo seriam os *meios* a que se servem o poder político: “O critério mais adequado para distinguir o poder político das outras formas de poder, e portanto para delimitar o campo da política e das ações políticas, é aquele que se funda sobre os meios dos quais as diversas formas de poder se servem para obter os efeitos desejados: o meio do qual se serve o poder político, embora, em última instância, diferente do poder econômico e do poder ideológico, é a força”.

De acordo com Bobbio (2000, p. 232), o problema da relação entre direito e política é extremamente complexo e de interdependência recíproca. Segundo o autor, quando por direito se entende o conjunto das normas – ou sistema normativo – onde se desenvolve a vida de um grupo organizado, a correlação entre direito e política pode ser compreendida de duas maneiras: “(...) enquanto a ação política se exerce através do direito, e enquanto o direito delimita e disciplina a ação política” (BOBBIO, 2000, p. 232).

A partir do primeiro ponto de vista, que considera a ordem jurídica como produto do poder político, “Onde não há poder capaz de fazer valer as normas por ele estabelecidas recorrendo também em última instância à força, não há direito” (BOBBIO, 2000, p. 232). Aqui, o nexos entre ambos os conceitos reside na necessária dependência entre a ordem jurídica definida e o poder político que, dotado do uso legítimo da força física, é capaz de conferir-lhe efetividade. Dentre as principais críticas tecidas a esse entendimento, que reduz a validade do direito unicamente à dependência do uso da força física para efetivá-lo, reside o questionamento acerca da diferença entre essa concepção e as formas puras e simples de poder, praticados pelo uso da força, tal como ocorre com grupos de bandidos ou terroristas.⁶¹ Aqui, recorrendo às lições de santo Agostinho⁶², Bobbio apresenta uma resposta que vai de encontro a outro critério distintivo, e não menos complexo: a ideia de legitimidade.

Neste ponto intervém um outro critério de distinção: aquele entre poder legítimo e ilegítimo. E é aqui que a relação entre direito e política se inverte: não é mais o poder político que produz o direito, mas o direito que justifica o poder político. Ao problema do fundamento de legitimidade do poder podem ser dadas diversas respostas, mas permanece contudo o fato de que se recorre à noção de legitimidade para dar uma justificação do poder político, para diferenciar o poder político, como poder juridicamente fundado, das várias formas de poder de fato (BOBBIO, 2000, p. 234).

A partir deste novo critério distintivo, segundo o qual o poder político encontra sua justificação no direito, tem-se que esse poder pode ser legítimo (de direito) ou ilegítimo (de fato), a depender da existência ou não de justa autorização de exercício por seu titular. Ou seja, conforme explica Bobbio (2000, p. 235), o poder será reputado legítimo quando seu detentor o “(...) exerce a justo título, e o exerce a justo título enquanto for autorizado por uma

⁶¹ “Mas, e para quem considera direito apenas a norma estabelecida por uma autoridade que tem o poder de fazê-la respeitar recorrendo em última instância também à força? E como? Um bando de malfeitores não é uma ordem coativa? Em outras palavras, uma vez reduzido o direito a produto de um poder capaz de impor regras de conduta coercitivamente, como é possível evitar a redução do direito a poder puro e simples, uma ordem jurídica em ordem exclusivamente fundada sobre o direito do mais forte?” (BOBBIO, 2000, p. 233).

⁶² “Para santo Agostinho, e para todos aqueles que não se resignam a considerar o direito unicamente o produto da vontade dominante, o que distingue uma comunidade política de um bando de ladroes é a correspondência ou não das leis ao ideal da justiça” (BOBBIO, 2000, p. 234).

norma ou por um conjunto de normas gerais que estabelecem quem, em uma determinada comunidade, tem o direito de comandar e de ter seus comandos obedecidos”; caso contrário, será mero poder de fato, carente, pois, de legitimidade. Nota-se o relevo atribuído à ideia de autorização, cujas características implicam na caracterização de regimes como democráticos ou autocráticos.

A autorização transforma o simples poder em autoridade: a diferença entre autoridade e poder pode ser resumida na distinção entre poder de direito, e por isso legítimo, e poder de fato. Autoridade é o poder autorizado, e, apenas enquanto autorizado, capaz, por sua vez, de atribuir a outros sujeitos o poder de exercer um poder legítimo, em uma cadeia de sucessivas delegações de poder, de cima para baixo em um grupo autocrático, de baixo para cima, em um grupo democrático, em uma cadeia que caracteriza a organização de qualquer grupo político (BOBBIO, 2000, p. 235).

Diferente do conceito de legitimidade, mas não menos importante, há outro aspecto da relação entre poder político e direito de grande relevância, qual seja, a noção de legalidade. Ao se falar em legalidade, desloca-se a discussão sobre quem tem o direito de governar para o modo de exercício do poder:

Quando se exige que o poder seja legítimo, espera-se que aquele que o detém tenha o direito de possuí-lo. Quando se invoca a legalidade do poder, exige-se que quem o detém o exerça não segundo o próprio capricho, mas em conformidade com as regras estabelecidas e dentro dos limites dessas regras. O contrário do poder legítimo é o poder de fato, o contrário do poder legal é o poder arbitrário (BOBBIO, 2000, p. 237).

Ligado a essa ideia de conformidade do exercício do poder às regras pré-estabelecidas pelo e/ou para o grupo social (como já mencionado, no caso de uma democracia, advindas da maioria dos indivíduos, isto é, de baixo para cima⁶³ e, no caso de uma autocracia, de cima para baixo), tem-se a base da doutrina do constitucionalismo, que estabelece que “(...) não há mais qualquer diferença entre governantes e governados com relação ao império da lei, porque também o poder dos governantes é regulado por normas jurídicas (são as normas constitucionais) e deve ser exercido com o respeito a essas regras” (BOBBIO, 2000, p. 237).

⁶³ Em contundente crítica às bases do direito moderno, Grossi (2007, p. 15) assevera que “O direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior – de cima para baixo –, visão imperativista que o identifica em uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária”.

Nota-se, pois, a complexa relação existente entre direito e política, de modo que “(...) um discurso sobre a categoria da política não pode deixar de levar em consideração suas inúmeras interseções com a categoria do direito” (BOBBIO, 2000, p. 237).

Portanto, nessa intrincada relação, a função relativa à fiscalização do rigoroso cumprimento das regras do jogo mostra-se de essencial importância. No caso das democracias constitucionais, regimes em que as regras e valores fundamentais da sociedade estão insculpidos nas normas e princípios constitucionais, a Constituição consiste na norma fundamental e parâmetro de controle dos limites impostos ao poder, razão pela qual importa o estudo da jurisdição constitucional.

2.2 Principais aspectos da jurisdição constitucional

A justiça constitucional, segundo a definição de Canotilho (1993, p. 958) consiste, de maneira ampla, no conjunto de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais com a finalidade de fiscalizar o rigoroso cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes em determinado Estado. No mesmo sentido, Kelsen (2003, p. 124-125) definiu a jurisdição constitucional como a garantia jurisdicional da Constituição, que consiste em “(...) um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Cuida-se, portanto, de importante tarefa na defesa da ordem jurídica e política de determinada sociedade, razão pela qual o estudo da jurisdição constitucional reveste-se de fundamental prestígio.

Conforme esboçado no capítulo anterior, quando da abordagem do tema *democracia*, o poder, enquanto inserido na organização social e dela inseparável – compondo-se em um de seus pressupostos – e tendo em vista sua constante tendência ao abuso, faz surgir tanto o problema como a necessidade de se impor limitações ao seu exercício, consistindo o direito no mecanismo de integração dos poderes (político, econômico, ideológico) no seio da sociedade com a finalidade de possibilitar o mínimo de segurança na convivência social, e a Constituição, que ocupa o vértice na hierarquia normativa, a norma fundamental e parâmetro de controle dos limites impostos ao poder.⁶⁴

A luta contra opressão há muito preenche vastos espaços na história da humanidade. Mesmo no mundo contemporâneo, a despeito de toda evolução tecnológica associada aos aumentos de produção e geração de riqueza, bem como diante das conquistas em tema de

⁶⁴ Ainda com Kelsen (2003, p. 240): “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”.

direitos humanos, a opressão perdura. Como ressalta Cappelletti (2001, p. 16), “(...) nosso século, embora tenha testemunhado o mais impressionante crescimento de riqueza material e de genuína possibilidade de criar novas riquezas e bem-estar, foi e vem sendo flagelado pela miséria nascente e pela fome maciça”.

Sem pretensão de adentrar ao tema com a profundidade por ele merecida, o que demandaria extenso estudo, não há como deixar de mencionar, quando do estudo da jurisdição e da democracia, acerca da verdadeira crise que afeta o Estado nacional e suas instituições basilares. Trata-se de uma crise da democracia e da soberania estatal revelada pela progressiva transferência de poderes e funções públicas, que tradicionalmente pertencem aos Estados, a instâncias que ultrapassam seus limites territoriais. Em tempos de globalização, o futuro das nações fica cada vez mais dependente de resoluções internacionais do que da sua política interna (FERRAJOLI, 2005, p. 109), principalmente no caso dos países pobres, que cada vez mais dependem das decisões políticas “democraticamente” tomadas pelos países ricos. Assim, o consenso majoritário, a democracia política e a cidadania, que nas democracias ocidentais têm funcionado como fator de inclusão, de afirmação da igualdade e da expansão de direitos, passam a operar como fatores de exclusão, tanto das minorias marginalizadas nos países ricos como da maioria dos seres humanos no mundo todo.⁶⁵ Diante disso, Ferrajoli conclui que os homens, no plano jurídico, são hoje mais iguais do que em qualquer outra época, graças às diversas cartas, constituições e declarações de direitos; mas, na realidade, são imensamente mais desiguais. A era dos direitos, expressão de Norberto Bobbio, também é a época de suas maiores violações massivas e da mais profunda e intolerável desigualdade.⁶⁶

Pois bem. A justiça constitucional, portanto, surge em diversos países como uma possível resposta ao problema da opressão, na medida em que a norma constitucional escrita e aceita como obrigatória por todos os órgãos governamentais, caracterizada pela rigidez e dificuldade em ser alterada com a finalidade de evitar seu desmantelamento pelos “caprichos

⁶⁵ “El consenso mayoritario, la democracia política y la ciudadanía, que hasta ayer ha bían fungido en las democracias occidentales como factores de inclusión, de afirmación de la igualdad y de expansión de los derechos, están operando em el plano mundial como factores de exclusión: de las minorías marginadas en los países ricos y de la mayoría de los seres humanos en todo el planeta” (FERRAJOLI, 2005, p. 110).

⁶⁶ “Los hombres, sobre el plano jurídico, ciertamen te son incomparablemente más iguales que em cualquier otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero en realidad, son también inmensamente más de siguales en lo concreto. El “tiempo de los derechos”, para usar la expresión de Norberto Bobbio, es también la época de su mayor violación masiva y de la más profunda e intolerable desigualdad” (FERRAJOLI, 2005, p. 122-123).

de maiorias passageiras”, aliada a um quadro de processos e instituições, emergem como limitação e controle do poder político (CAPPELLETTI, 2001, p. 18-19).⁶⁷

Por essa razão que, nas palavras de Kelsen (2003, p. 130), apesar das transformações sofridas, as concepções acerca da Constituição preservaram um “núcleo permanente”, que é a “(...) idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”, de sorte que, em qualquer definição da Constituição, ela sempre será considerada “(...) o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender”.

Assim, sendo a Constituição o ápice normativo de determinada sociedade, seu conteúdo ocupa o grau máximo na hierarquia existente entre as normas jurídicas, sobressaindo-se às demais leis. Como ressalta Tavares (1998, p. 06), a Constituição abrange os princípios basilares de uma sociedade, de modo que paira acima de qualquer outra norma jurídica escrita, sobrepujando-se quando do conflito com uma norma de hierarquia inferior e retirando-lhe a validade quando com ela incompatível. Igualmente, a Constituição encontra-se acima dos Poderes por ela constituídos, razão pela qual a ela devem ser fiéis.

Portanto, não restam dúvidas dos motivos – dentre vários outros, além dos supracitados – pelos quais o estudo da jurisdição constitucional tem se destacado dentre os temas relativos ao direito constitucional contemporâneo. Uma passagem pela trajetória de sua evolução, desde suas construções iniciais até alcançar o modelo brasileiro que nos desperta excepcional interesse, parece ser conveniente.

Desde a eclosão das revoluções burguesas⁶⁸, estabelecidas na luta contra os desmandos do absolutismo e com uma pauta de reivindicações voltadas à limitação do poder,

⁶⁷ A história é farta em exemplos dos excessos praticados pelo poder desenfreado: “Os casos, para mencionar apenas os mais clamorosos, da Alemanha Nazista, da Itália fascista e da Rússia de Stalin, nunca passarão sem nos terem ensinado a mais importante lição: quando o poder político não sofre controle, mesmo os instrumentos da nova tecnologia, da comunicação de massa, da assim chamada “educação popular”, tudo pode perverter-se numa grande máquina corruptora. A corrupção das mentes é obtida através da desinformação maciça e da proibição de toda crítica”. (CAPPELLETTI, 2001, p. 18).

⁶⁸ No tocante às Revoluções Francesa e Americana, é necessário aduzir algumas diferenças essenciais que as impulsionaram e que, portanto, influíram diretamente no seu resultado. Apropriadas são as lições de Streck (2002, p. 261), que esclarecem essa situação: “(...) os revolucionários franceses, em face ao absolutismo e ao sistema de privilégios do antigo regime, tiveram que se empenhar na tarefa da destruição sistemática do antigo regime, circunstância que implicava um forte componente estatista no processo de ruptura com o velho, uma vez que, contra os antigos privilégios, era necessário afirmar a autoridade do legislador soberano que, com o instrumento da lei geral e abstrata, tornaria possível, ao mesmo tempo, os direitos em sentido individual e a unidade do povo ou nação, mediante o artifício da representação. Ao seu turno, a revolução americana se afirma precisamente contra toda versão estatista dos direitos e liberdades. Se os colonos decidem em 1776 romper o cordão umbilical com a Coroa, é porque pensam que ela dispensou todo o patrimônio histórico de direitos e liberdades, agora em mãos de um parlamento que, de fato, se crê soberano e onipotente, e, por isso, pretende impingir sua vontade à Colônia independentemente do consentimento dos seus súditos. Ou seja, *enquanto a Revolução Francesa confia na obra do legislador virtuoso, combinando individualismo e estatismo, a*

período em que também se contempla o surgimento do constitucionalismo liberal, passando pela afirmação dos conceitos de supremacia da constituição⁶⁹ e de rigidez constitucional⁷⁰, houve intenso desenvolvimento dos mecanismos e institutos relativos ao controle de constitucionalidade das leis e atos governamentais (BAPTISTA, 2003, p.143).

O surgimento de práticas jurídicas que proporcionaram o início da discussão acerca da jurisdição constitucional remonta aos entornos do século XVII. Como ensina Moro (2004, p. 20), no ano de 1610, o *Chief Justice* inglês Edward Coke admitiu a possibilidade de controle judicial dos atos do parlamento, no caso conhecido por *Dr. Bonham's Case*⁷¹; referido autor ressalta, também, a existência de pronunciamentos advindos de cortes estaduais norte-americanas que insinuavam essa possibilidade em períodos anteriores e posteriores ao advento de sua Constituição.

Na Europa continental, mais especificamente na França revolucionária, os estudos do abade Emmanuel Joseph Sieyès em muito contribuíram para o desenvolvimento do tema. O sacerdote francês, no século XVIII, já defendia a necessidade da criação de um tribunal especial encarregado de garantir a superioridade das normas constitucionais, ideias que posteriormente foram desenvolvidas por Hans Kelsen (BAPTISTA, 2003, p.146). Diante disso, Baptista (2003, p. 146) estabelece como sendo a gênese da jurisdição constitucional o advento das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII.

Todavia, em que pesem os acontecimentos e estudos notáveis em matéria de controle de constitucionalidade acima mencionados, há um consenso na doutrina jurídica acerca da importância da experiência norte-americana quando do estudo do tema da jurisdição

Revolução Americana, combinando individualismo e historicismo, desconfia das virtudes do “virtuoso legislador”, preferindo confiar os direitos e liberdades à Constituição, isto é, à possibilidade delimitar o legislador através de uma norma de âmbito rigidamente superior.”

⁶⁹ “A Constituição é hierarquicamente superior às demais normas jurídicas. Essa *supremacia constitucional* significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade das leis serve para relativizar o mito positivista da *supremacia do legislador*” (CAMBI, 2011, p. 204).

⁷⁰ “O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples atos do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma” (BONAVIDES, 2011, p. 296).

⁷¹ Cabe destacar, com Baptista (2003, p. 147), que “No solo inglês, a doutrina de Lord Coke perdeu força com a Revolução Gloriosa, que consagrou a supremacia do Parlamento, não sem antes plantar, do outro lado do Atlântico, as sementes para o controle judicial de constitucionalidade. Assim ocorreu porque muitas das Colônias inglesas estabelecidas na América foram, num primeiro momento, constituídas como companhias comerciais, regidas por ‘Cartas ou estatutos’ da Coroa. Em geral, tais ‘Cartas’ permitiam às Colônias editar seus próprios atos normativos, desde que fossem razoáveis e não fossem contrárias às leis do Reino da Inglaterra. Nesse contexto, os juizes das Colônias, não raro, negavam aplicação a leis locais incompatíveis com as ‘Cartas’ outorgadas pela Coroa; no mesmo sentido decidiu, noutras oportunidades, o Conselho Privado do Rei inglês, quando determinou a aplicação, pelos juizes das Colônias, das leis coloniais que não contrastassem com as leis do Reino”.

constitucional. O famigerado caso *Marbury vs. Madison*⁷², julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1803, foi fundamental para a afirmação da Corte como intérprete final da Constituição, e por essa razão constituiu-se num marco histórico inicial quando do estudo da jurisdição constitucional. Para Moro (2004, p. 20) e Cambi (2011, p. 207), referida decisão inaugura a jurisdição constitucional, e é considerada por Tavares (1998, p. 13) como fundadora do sistema de controle difuso de constitucionalidade. De fato, não há como negar que exerceu forte influência sobre modelos de jurisdição constitucional de vários outros países, tal como o Brasil.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, não obstante as mudanças sofridas desde seu advento na Constituição Imperial de 1824⁷³, teve inspiração na Suprema Corte norte-americana. Em período precedente à proclamação da República, o imperador Dom Pedro II enviou uma missão diplomática aos Estados Unidos com a tarefa de estudar sua Corte Suprema para que, posteriormente, fossem aplicados nas terras brasileiras os conhecimentos lá adquiridos. Tal fato foi assim descrito por Soares (1991, p. 457):

Em julho de 1889, Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira despediram-se de Pedro II, quando da partida deles para uma visita aos Estados Unidos da América, com a incumbência imperial de ali realizar estudos sobre a atuação da Corte Suprema, tendo então lhes declarado o imperador: “Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto”. Quatro meses depois o imperador era deposto, sobrevivendo a República.

Anos depois, e com base na prática norte-americana, a partir da Constituição de 1891 foi instituído no Brasil o controle de constitucionalidade das leis⁷⁴, e coube ao Supremo Tribunal Federal o seu exercício.

⁷² No caso *Marbury vs. Madison*, o juiz John Marshall declarou uma lei federal como contrária à constituição, derrubando-a. Com isso, viabilizou a supremacia da Suprema Corte na interpretação constitucional. A era Marshall (que a presidiu de 1801 a 1835) permitiu uma elevação na posição da Corte: além do caso acima citado, alguns anos mais tarde o juiz também reivindicou o direito de revisão judicial de leis estaduais sob fundamentos constitucionais, e gradativamente os poderes por ele reclamados para a Corte, bem como seu papel central na elaboração de políticas, foram ganhando aceitação perante os outros poderes do Governo e pelos cidadãos (BAUM, 1987, p. 38).

⁷³ Então denominado Supremo Tribunal de Justiça, conforme previsão do artigo 163 da Constituição Política do Império do Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 1824: “Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir”.

⁷⁴ Embora a previsão se limitasse ao controle difuso, sob a influência norte-americana, foi instaurado no Brasil aludido sistema de controle de constitucionalidade por intermédio do Decreto n. 848, de 11/10/1890, que previa no artigo 3º: “Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte”. Com o advento da Constituição de 1891, coube ao Supremo Tribunal

O controle difuso de constitucionalidade das leis, inaugurado pelo julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, consiste na possibilidade de qualquer órgão do Poder Judiciário deixar de aplicar determinada norma quando reputada contrária à Constituição. Nesse sistema, o Tribunal Constitucional tem a responsabilidade de decidir, enquanto última instância e órgão superior do sistema judiciário, pela sua inconstitucionalidade. Nele, a questão pode chegar pela via recursal, mas também como questão incidental⁷⁵, cabendo à Corte a decisão derradeira acerca de sua constitucionalidade (TAVARES, 1998, p. 13).

Porém, há outro sistema de controle de constitucionalidade de notável importância, e cujos elementos também se encontram presentes no modelo brasileiro: trata-se do sistema de controle concentrado, idealizado pelo jurista austríaco Hans Kelsen na década de 1920. De acordo com o modelo proposto por Kelsen, a garantia da Constituição deve ser exercida por um órgão específico, o Tribunal ou Corte Constitucional, que detém a competência da análise acerca da inconstitucionalidade de leis e atos normativos, e cuja provocação ocorre por via direta ou incidental (TAVARES, 1998, p. 15-16).

O modelo atualmente existente no Brasil combina os dois sistemas acima mencionados⁷⁶ – difuso norte-americano e concentrado europeu, o que lhe garante uma posição peculiar. O Supremo Tribunal Federal atua tanto como órgão de última instância, revisor de questões constitucionais decididas nas instâncias inferiores, como também exerce o papel de Tribunal Constitucional, quando desenvolve o controle de constitucionalidade das leis federais e estaduais mediante o julgamento de ações propostas especificamente para essa finalidade (MENDES, 2009, p. 21); ou seja, o STF, além do controle em concreto, exerce também o controle abstrato de constitucionalidade.

Federal a competência de rever, em última instância, as sentenças das Justiças dos Estados quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, ou quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados, ou das leis federais, em face da Constituição, conforme previa o artigo 59.

⁷⁵ Trata-se, como ensina Tavares (1998, p. 14), de sistemática desconhecida pelo Brasil, mas adotada pela Áustria, Alemanha, Itália e Espanha: “Por meio do incidente, o tribunal *a quo* submete a questão da inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, que, no entanto, a ela se circunscreve em sua decisão, ou seja, não se pronuncia sobre a questão principal, objeto do processo, cuja solução será remetida ao tribunal de origem”.

⁷⁶ O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, apesar de originariamente basear-se no sistema de controle pela via difusa, que teve origem nos Estados Unidos, a partir da Constituição de 1988 sofreu uma mudança estrutural quando tomou por base o sistema concentrado (abstrato) de controle de constitucionalidade, conforme ressalta Mendes (2009, p. XX) “A constatação de que com a Constituição de 1988 se operou uma mudança radical no sistema de controle de constitucionalidade parece de grande relevo para essa abordagem. Sob o império do modelo introduzido pela Emenda n. 16, de 1965, e preservado na Constituição de 1967/69, podia-se falar num sistema misto de controle de constitucionalidade que tinha sua base no sistema difuso ou incidental. A partir de 1988, todavia, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado, isto é, no processo de controle abstrato de normas.”

Assim, releva-se a importância de um breve estudo acerca de alguns dos principais modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito comparado, tendo em vista sua influência no direito brasileiro, mediante uma rápida apresentação de suas características básicas, seguido da análise do modelo vigente no Brasil, que, ao unir as duas modalidades (difuso e concentrado) de controle de constitucionalidade, adota um sistema próprio, que pode ser considerado como especificamente brasileiro.

2.2.1 O controle de constitucionalidade no direito comparado

Dentre os sistemas de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, para fins didáticos podemos dividir seu estudo em dois grandes grupos, quais sejam, os que são realizados sem o intermédio judicial e os exercidos judicialmente. Alguns desses modelos, presentes no direito comparado, serão objeto de análise e exposição de suas principais características, sem olvidar do fato de que, principalmente no período correspondente ao segundo pós-guerra, houve uma propagação da justiça constitucional, com desenvolvimento tanto dos modelos inspirados no *judicial review* americano como no *constitutional review* europeu, e uma crescente “(...) ‘proliferação de modelos e recíproca hibridização’, o que faz com que a doutrina elabore uma infinidade de novos esquemas e novas categorias, que não têm sido suficientes para abarcar a complexidade do fenômeno da jurisdição constitucional” (ALVES, 2014, p. 499).

Assim sendo, longe de pretender esgotar a análise sobre os modelos de justiça constitucional, o que se mostra inviável diante das dimensões e pretensões deste compêndio, intenta-se apenas a exposição das características essenciais que influenciaram o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, eis que o presente trabalho tem seu foco nas experiências pátrias.

2.2.1.1 Dois modelos de controle não judicial: o inglês e o francês

Começamos pelo modelo inglês. Na Inglaterra, há ausência de controle de constitucionalidade. O princípio que vigora nesse país é o da supremacia do Parlamento, de modo que juízes e tribunais não são competentes para apreciar e julgar casos relativos à constitucionalidade de suas leis (BAPTISTA, 2003, p. 144). Em síntese, Streck (2002, p. 244) apresenta as seguintes características do modelo inglês em contraponto ao modelo europeu continental:

- a) A condição de não-escrita da Constituição britânica;
- b) Conforme o princípio exurgente da doutrina do *stare decisis*, o Direito britânico é um direito jurisprudencial cuja fonte principal seria o precedente judicial; já no direito constitucional continental, seria o Direito codificado;
- c) Nos países continentais, a jurisdição constitucional está concentrada em um Tribunal Constitucional especializado; na Grã-Bretanha, a jurisdição constitucional é eminentemente difusa e competente aos órgãos judiciais ordinários;
- d) Os Tribunais Constitucionais europeus exercem o controle das leis parlamentárias, cuja declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes* e *ex nunc*; na Grã-Bretanha, ao contrário, vige o princípio da Supremacia do Parlamento, cujas normas não poderiam ser declaradas inconstitucionais (portanto, nulas).

Não obstante, importa assentar que há doutrinadores que apontam o surgimento de uma tendência de convergência entre o modelo europeu continental e o modelo inglês, no que tange à averiguação de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, assevera Streck (2002, p. 246):

É verdade que os tribunais constitucionais continentais estão autorizados a declarar nula aquela lei que contradiga a Constituição nacional. Entretanto, é uma faculdade em desuso, uma vez que os Tribunais Constitucionais buscam socorro no princípio da conservação das leis, ou ao princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição para evitar a sua anulação. Ou seja, *os Tribunais, fazendo uso de processos interpretativos, ditam sentenças criativas e, em lugar de anular as leis inconstitucionais, interpretam-nas até criar uma nova norma e incorporá-la ao ordenamento jurídico nacional*. Pois bem, arremete Balle: é exatamente isso que faz a *House of Lords*. Acata o princípio da supremacia parlamentar e reconhece que não pode anular a legislação do Parlamento. Assim, a *House of Lords interpreta as normas do mesmo modo que os Tribunais continentais*. Como qualquer tribunal, *dita sentenças corretivas, aditivas, manipulativas, redutivas ou diretivas*. Não anula leis parlamentárias, porém dita os mesmos tipos de sentenças criativas que os Tribunais Constitucionais continentais. A técnica para isso é a mesma: a interpretação.

Por sua vez, na França o controle de constitucionalidade é “(...) meramente político e apriorístico (...) exercido pelo Conselho Constitucional francês, previamente à edição da lei, no qual o Judiciário também é incompetente para apreciar a constitucionalidade dos atos normativos” (BAPTISTA, 2003, p. 144). O constitucionalismo francês e as formas de controle de constitucionalidade de suas leis, portanto, sofreram intensa influência da ideologia revolucionária liberal, inspirando-se na doutrina contratualista rousseauiana e na teoria da separação dos poderes de Montesquieu (STRECK, 2002, p. 276).

Tendo por base os ideais que remontam à Revolução do século XVIII, o constitucionalismo francês ainda hoje revela fortes traços da importância atribuída à vontade geral, conforme a doutrina do contrato social de Rousseau, aliada à deferência ao Legislativo,

órgão que – ao menos em tese – comporta a expressão máxima da vontade popular, cuja inspiração também nos remete à teoria da separação dos poderes nos moldes em que foi idealizada por Montesquieu, ao passo em que se observa a supervalorização do Poder Legislativo. Há, em contrapartida, uma notável diminuição da importância do Poder Judiciário⁷⁷, o que se justifica pelo fato de que, ao cabo da Revolução Francesa, os juízes daquele país eram todos oriundos da aristocracia, o que gerou intensa desconfiança⁷⁸ por parte dos novos detentores do poder. Além disso, subsiste o argumento, até hoje discutido e muito utilizado contra a crescente participação judiciária na elaboração de decisões de cunho político, que contesta a possibilidade de o Judiciário, Poder estatal não eleito (ou *não popular*), modificar ou mesmo invalidar leis elaboradas pelo Poder Legislativo (STRECK, 2002, p. 276), órgão eleito pela vontade geral do povo – o que o qualifica(ria) como democrático por excelência – e incumbido precipuamente da elaboração legal.

Com isso, criou-se na França uma tradição até hoje presente, de modo que “A desconfiança com os juízes teve como reflexo a exclusão dos tribunais da tarefa de garantir a Constituição, exclusão que marca o sistema francês e que tem influído o pensamento europeu sobre essa matéria” (STRECK, 2002, p. 277). Como ensina Streck (2002, p. 281), o controle de constitucionalidade, na França, é exclusivamente preventivo. E continua o autor:

Conforme preceitua o art. 61, as leis orgânicas, antes da promulgação, e os regimentos das duas Câmaras do Parlamento, antes de começarem a ser aplicados, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional a fim de este se pronunciar sobre a sua conformidade com a Constituição. Para o mesmo efeito, as leis podem, antes da promulgação, ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta senadores. Nestes casos, o Conselho Constitucional tem um mês para decidir, podendo, porém, este prazo ser reduzido a oito dias, a requerimento do Governo. O envio dos diplomas ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação. Nos termos do art. 62, não pode ser promulgado nem aplicado nenhum preceito declarado inconstitucional, sendo que as decisões do Conselho Constitucional não admitem recurso e são obrigatórias para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Desnecessário, assim, agregar que, após a entrada em vigor da norma, nenhum juiz ou tribunal nem mesmo o Conselho Constitucional, pode aceitar a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei (STRECK, 2002, p. 281).

⁷⁷ Conforme se nota pela conhecida expressão, cunhada por Montesquieu, para definir os membros do Poder Judiciário: *a boca que pronuncia as palavras da lei* (MONTESQUIEU, 2000, p. 175).

⁷⁸ “A falta de fê nos juízes baseia-se no trabalho que estes haviam realizado em favor do monarca absoluto, trabalho esse caracterizado pelo conformismo e pela docilidade” (STRECK, 2002, p. 277).

Como se pode notar, o órgão dotado de jurisdição constitucional, na França, é o Conselho Constitucional, instituição composta por nove membros, sendo três indicados pelo Presidente da República, três indicados pelo Presidente da Assembleia e três pelo Presidente do Senado, dele participando também ex-Presidentes da República (nota-se, também aqui, a preponderância dos outros Poderes em relação ao Judiciário); ao Conselho compete o controle preventivo de constitucionalidade das leis, razão pela qual não há possibilidade posterior desse tipo de análise, seja pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo próprio Conselho.⁷⁹

2.2.1.2 *Dois modelos de controle judicial: o norte-americano e o europeu*

Em contrapartida aos modelos não judiciais de controle de constitucionalidade, vários outros países adotam sistemas onde o exercício da averiguação da compatibilidade normativa ordinária com a Constituição está inserido dentre as competências de juízes ou tribunais. Dentre os sistemas de jurisdição constitucional que adotam o modelo da revisão judicial da constitucionalidade das normas, dois deles são de especial relevo: os já mencionados modelos norte-americano (ou controle difuso) e europeu (ou controle concentrado).

O modelo norte-americano, como já esboçado anteriormente, teve sua origem influenciada pela doutrina do *Chief Justice* inglês Sir. Edward Coke⁸⁰, que inspirou práticas ocorridas na relação entre a metrópole inglesa e suas colônias na América do norte relativas à possibilidade de controle judicial de atos oriundos do Parlamento.

Como ensina Baptista (2003, p. 147), em que pese o fato de, na Inglaterra, essa doutrina ter perdido força com a Revolução Gloriosa, assentando-se no país a supremacia parlamentar até hoje presente, foram plantadas no solo americano as sementes do controle judicial de constitucionalidade. E isso se deve ao fato de, naquele período, várias colônias

⁷⁹ Ao se referir à recente tendência de constitucionalização do direito, pautada pela ideia de supremacia constitucional cujas normas, detentoras de força normativa, são irradiantes por todo o ordenamento jurídico, Barroso (2008, p. 273) ressalta: “Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição”.

⁸⁰ “Ainda no século XVII, era da tradição jurídica britânica que a lei advinha do direito consuetudinário e não era criada pelo soberano, sendo por ele tão-somente afirmada ou declarada. Tinha-se, pois, a prevalência do *common law* sobre o *statutory law* (a lei escrita), cabendo a este, no máximo, completar aquele, mas nunca contrariá-lo. Nessas circunstâncias floresceu o pensamento de Coke, que vislumbrava o juiz como árbitro entre o Rei e a nação, cumprindo-lhe preservar a primazia do direito consuetudinário sobre a autoridade do Parlamento. Em conhecida passagem do caso Bonham (1610), Coke pugnou pela possibilidade de os juízes deixarem de aplicar leis votadas pelo Parlamento que fossem contrárias ao *common law*” (BAPTISTA, 2003, p. 147).

inglesas na América serem regidas por “Cartas ou estatutos” oriundos da metrópole, e tais diplomas conferirem a possibilidade de as próprias colônias editarem atos normativos para regulamentações de assuntos locais. Esses atos normativos, todavia, deveriam apresentar conformidade com as leis do Reino inglês, o que culminava na negação, por parte de juízes coloniais, da aplicação das leis locais incompatíveis com as Cartas outorgadas pela Coroa (BAPTISTA, 2003, p. 147); e isso permitiu o desenvolvimento da ideia de conformação, pela via judicial, das leis ordinárias a uma lei superior. Tendo por base essa doutrina, precedentes foram sendo criados a partir de decisões de juízes estaduais no tocante à compatibilidade de leis locais com as Constituições estaduais, e não demorou muito para que o mesmo ocorresse em relação à Constituição dos Estados Unidos da América (BAPTISTA, 2003, p. 148).

Na América do século XVIII já havia profundas discussões acerca desse tema, especialmente nos artigos publicados por Hamilton, Madison e Jay sobre as instituições republicanas dos Estados Unidos, por volta de 1787, e que contribuíram para a elaboração da atual Constituição norte-americana, debates que posteriormente foram reunidos no livro denominado *O Federalista*. Nele, encontram-se passagens em que se discutia sobre os contornos da jurisdição constitucional, notadamente o que diz respeito ao papel exercido pelos juízes em defesa da Constituição, diante de sua supremacia em relação às demais normas jurídicas e aos Poderes constituídos.⁸¹

Mas o marco histórico que consagrou o surgimento da doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis foi o já citado julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Marbury vs. Madison*, quando se consolidou a possibilidade de o Poder Judiciário afastar a aplicação de uma norma jurídica quando considerada incompatível com a Constituição. De acordo com Tavares (1998, p. 13), referida decisão contempla a origem do

⁸¹ O trecho a seguir bem retrata a preocupação dos autores com o controle da constitucionalidade dos atos legislativos pelos órgãos judiciários, tendo em vista a supremacia da norma constitucional e a separação dos Poderes: “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituínte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que eles os interpretam, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes” (HAMILTON *et al.*, 2003, p. 459 e 460).

sistema difuso de controle de constitucionalidade, modelo que tem por característica a atribuição da competência de fiscalização quanto à constitucionalidade aos diversos órgãos que compõe o Poder Judiciário, de maneira que qualquer magistrado pode deixar de aplicar uma norma jurídica a um caso concreto sob sua análise quando considerá-la eivada de vício de inconstitucionalidade; caberá, na qualidade de última instância recursal, ao Tribunal Constitucional decidir sobre sua constitucionalidade. E segue o autor na explicação do instituto:

Segundo o modelo de controle difuso, o Tribunal Constitucional, como órgão superior do sistema judiciário, decide sobre a constitucionalidade das normas jurídicas em última instância. O controle, pois, é exercido por todo o sistema judiciário, representando essa Corte, nesse contexto, uma fase a mais, ao lado das outras, mas como o último patamar de averiguação da constitucionalidade (TAVARES, 1998, p. 14).

O controle difuso de constitucionalidade, a princípio, inspirou o sistema brasileiro, na década de 1890, quando pela primeira vez foi instituído um sistema de controle de constitucionalidade em nosso país. Não obstante, posteriormente também foi abrangido pelo ordenamento jurídico pátrio o sistema concentrado, de origem austríaca e concebido por Kelsen, que foi incorporado ao nosso sistema de controle de constitucionalidade concomitantemente ao já vigente sistema difuso (TAVARES, 1998, p. 13), dando origem ao modelo híbrido atualmente em vigor.

De acordo com o modelo europeu (ou concentrado), idealizado por Hans Kelsen e incorporado à Constituição austríaca nos idos de 1920, somente o órgão instituído exclusivamente para esse fim, denominado Tribunal ou Corte Constitucional, poderia analisar e julgar os casos de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (TAVARES, 1998, p. 16).

O sistema europeu, como ensina Baptista (2003, p. 154), surgiu da necessidade experimentada pelos países do velho continente que importaram o novel sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, mas que, por serem pertencentes ao grupo advindo da cultura romano-germânica (*civil law*), assim como pelo fato de desconhecerem a doutrina do precedente judicial vinculante (*stare decisis*), suportaram inúmeros inconvenientes e insegurança jurídica, fazendo-se necessária a formulação de um sistema adequado à sua cultura e às suas práticas.

Ao elaborar as bases do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, Kelsen, embora fosse partidário da ideia de supremacia da Constituição, partiu de “(...)

postulados jurídicos distintos daqueles que fundamentam a *judicial review* norte-americana” (BAPTISTA, 2003, p. 154).

Assim sendo, Kelsen concebeu um sistema de controle *concentrado*, no qual a fiscalização da constitucionalidade das leis ficaria a cargo de um único órgão – o Tribunal Constitucional, que, apesar do nome, estaria fora da estrutura do Poder Judiciário, composto por juízes *ad hoc* (e não necessariamente por juízes de carreira). Em contrapartida, aos magistrados cumpriria aplicar as leis em qualquer hipótese – *rectius*, enquanto não fossem julgados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, uma vez que não teriam competência para apreciar a constitucionalidade dos atos normativos (BAPTISTA, 2003, p. 155).

Pela sistemática proposta por Kelsen, o Tribunal Constitucional, ao julgar a inconstitucionalidade de uma lei, promoveria sua *anulação* e conseqüente retirada do ordenamento jurídico, sendo que esta lei produziria seus efeitos desde sua edição até a decisão que a anulou (BAPTISTA, 2003, p. 155), diferentemente do que ocorre no sistema difuso, em que a lei é declarada nula e produz efeitos *erga omnes* (contra todos), tendo em vista o citado princípio jurídico do *stare decisis*, eis que a decisão proferida pela Suprema Corte gera precedente que vincula as instâncias inferiores, conforme a tradição do *common law*.

Tudo isso sem se esquecer da superioridade da Constituição em relação ao ordenamento jurídico, ressaltando-se, novamente, o princípio da supremacia da constituição. Diante disso, são oportunas as palavras de Tavares (1998, p. 16), que pontualmente assenta:

E não se perca de vista que, para se lidar com a existência de um Tribunal Constitucional, e sua relação com a Carta Magna, há de partir-se do pressuposto não só formal, qual seja, o de que este diploma normativo encontra-se no mais alto escalão da hierarquia jurídica, mas também de que concretiza um conjunto de valores supremos e, a princípio, inalteráveis.

O modelo europeu de controle de constitucionalidade tal como idealizado por Kelsen, a princípio, foi adotado na Áustria de maneira que o controle se daria apenas de modo abstrato, tendo em vista a natureza fiscalizatória de constitucionalidade das leis, sendo, portanto, totalmente desvinculado de qualquer caso concreto (BAPTISTA, 2003, p. 156). Ocorre que, com a reforma constitucional austríaca que sobreveio em 1929, pela qual foi aumentado o rol de legitimados à provocação da jurisdição constitucional, foi incluído nessa relação a Corte Suprema, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, quando incorresse em dúvida acerca da constitucionalidade de determinada lei que seria aplicada em um caso sob sua jurisdição (BAPTISTA, 2003, p. 157). Assim, “(...) o reenvio da questão constitucional pelos Tribunais superiores à Corte Constitucional era obrigatório, pelo que não poderiam

aplicar as leis sobre cuja constitucionalidade estivessem em dúvida, sem o pronunciamento vinculatório da Corte Constitucional”, o que revela uma modalidade de controle concreto, ainda que os tribunais da jurisdição comum permanecessem incompetentes para a análise de compatibilidade constitucional (BAPTISTA, 2003, p. 157).

Não obstante os contornos em que foi inaugurado, o sistema europeu de controle de constitucionalidade também apresenta variações nos países que o adotam, de maneira que o controle constitucional em abstrato – por via de ação – pode ser atribuído tanto a um tribunal ordinário como a um órgão jurisdicional especializado, ou seja, a uma Suprema Corte do Poder Judiciário ou a um Tribunal Constitucional (BONAVIDES, 2011, p. 309). Como exemplo, Bonavides (2011, p. 309) cita:

Do primeiro, é exemplo a Corte Federal da Suíça, país onde a via de ação se aplica unicamente às leis inconstitucionais votadas pelas assembleias cantoniais. Não alcança a esfera legislativa federal, numa limitação atribuída por alguns ao influxo que sobre o direito público suíço exerceu a doutrina francesa de controle de constitucionalidade, diretamente sujeita à noção rousseuniana e revolucionária da lei “expressão da vontade geral” ou emanção imediata da soberania popular.

Do segundo, os mais frisantes exemplos procedem dos tribunais constitucionais da Áustria, da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal.

No Brasil, foi adotado um modelo misto – e judicial – de controle de constitucionalidade, em que se reúnem elementos tanto do sistema difuso como do concentrado, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal a palavra final acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos.

2.2.1.3 O modelo brasileiro

A jurisdição constitucional brasileira é composta por todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário, de modo que, em nosso país, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é formado tanto pelo sistema de controle difuso como também pelo controle concentrado (TAVARES, 1998, p. 129). Além da Corte Suprema, no Brasil, “(...) qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha de ser aplicada a um caso concreto” (MENDES, 2009, p. 20), sem que essa lei, necessariamente, seja expurgada do ordenamento jurídico, o que permite constatar que, no controle difuso – cuja verificação de constitucionalidade seja exercida pelos órgãos jurisdicionais ordinários – a declaração de inconstitucionalidade configura “(...) na prática, simples recusa de aplicação”,

tendo a decisão “(...) significado apenas no processo em que foi proferida” (MENDES, 2009, p. 21).

Essa miscigenação dos modelos de controle por via de ação e de exceção, construída pela doutrina jurídica pátria diante das necessidades locais, não deixa de contemplar uma evolução doutrinária e institucional que merece ser destacada (BONAVIDES, 2011, p. 325). Não se pode negar que na experiência constitucional da República brasileira, nos seus pouco mais de cem anos desde a proclamação, desenvolveu-se um sistema híbrido de maneira que, conquanto não seja perfeito (como os demais também não o são), convivem, com razoável sucesso, elementos dos diferentes sistemas (BATISTA, 2003, p. 170).

Ao passo que, no Brasil, o controle de constitucionalidade foi inaugurado tendo por base o sistema norte-americano, marcado, pois, por intenso liberalismo individualista que inspirou sua formatação, é certo que, “Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político” (BONAVIDES, 2011, p. 325). A partir das suas origens americanas, o modelo brasileiro adotado foi o de controle jurisdicional, afastando-se do padrão francês que, em respeito à doutrina da estrita separação dos poderes e soberania do Poder Legislativo (representante do povo, da vontade popular), adotou, como já discorrido, o controle político (BONAVIDES, 2011, p. 325).

Não obstante a coexistência, a bem dizer, pacífica dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, decidiu pela ocorrência do instituto da mutação constitucional⁸² no artigo 52, X, da CF, adotando a tese do Min. Gilmar Mendes acerca da sua incidência. O texto original do referido dispositivo, em observância ao postulado da separação dos poderes, dispõe que é competência do Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o artigo 102 da Constituição, as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia *erga omnes* e terão efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (§ 2º do artigo 102, CR). Assim, de acordo

⁸² O qual, segundo o voto do Min. Eros Grau na referida Reclamação, consiste na “(...) transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.”

com a norma constitucional citada, as decisões do STF pronunciadas em sede de controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade produzem efeito vinculante e possuem eficácia contra todos, não havendo a necessidade de pronunciamento do Senado Federal nestes casos, pois que consiste no exercício normal de suas atribuições constitucionais.

Por sua vez, no caso do controle difuso, a decisão do Supremo Tribunal Federal surte efeitos apenas entre as partes, cabendo ao Senado Federal, privativamente, a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, X, CR), para que então possa ter efeitos *erga omnes*. Todavia, pela incidência da mutação constitucional conforme decidido pelo STF, a competência senatorial se limitaria a dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, e não suspender a execução, como se lê do texto do aludido artigo.

Tem-se, portanto, que a partir da decisão do STF nos autos da Reclamação 4.335-5/AC, houve uma interpretação extensiva da norma constitucional com inegável tendência de aproximação dos diferentes modelos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), ao que se denominou de “abstrativização do controle difuso”, pois passou-se a permitir, “(...) então, que, de acordo com a tese defendida por Gilmar Mendes, as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, sejam dotadas de efeitos *erga omnes* e vinculantes” (SANTOS, 2014, p. 599), tal como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade.⁸³

⁸³ A conclusão desse julgamento foi noticiada no sítio do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988&caixaBusca=N>), no dia 20 de março de 2014, abaixo transcrita:

“Plenário conclui julgamento sobre decisão que impediu progressão de regime

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu, na sessão de hoje (20), o julgamento da Reclamação (RCL) 4335, na qual a Defensoria Pública da União (DPU) questionou decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional.

O STF reconheceu a possibilidade de progressão de regime nesses casos no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, por seis votos contra cinco, quando foi declarado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão. No caso específico da Reclamação 4335, no entanto, o juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no habeas corpus tivesse efeito *erga omnes* (ou seja, alcançasse todos os cidadãos), seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu.

Na sessão desta tarde, o julgamento foi concluído após voto-vista do ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Em seu voto, o ministro Teori salientou que, embora o artigo 52, inciso X, da Constituição estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.

O ministro também citou as importantes mudanças decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45/2004), a qual permitiu ao STF editar súmulas vinculantes e filtrar, por meio do instituto da repercussão geral, as controvérsias que deve julgar. “É inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do

Esboçadas as características básicas do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, interessa agora examinar as principais funções e responsabilidades da jurisdição constitucional brasileira, assim como o fenômeno, manifesto no Judiciário como um todo, da sua expansão.

2.2.2 Funções e responsabilidades da jurisdição constitucional no Brasil

Como já foi dito, o sistema brasileiro de justiça constitucional é composto por todos os órgãos do Poder Judiciário, na medida em que há a existência concomitante dos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. No mais alto grau desse sistema, encontra-se o Supremo Tribunal Federal, instituição que, apesar de não ser considerada como um autêntico Tribunal Constitucional – pois não se trata de um órgão que exerce unicamente a guarda da Constituição, eis que desempenha outras funções – executa atribuições próprias de uma Corte Constitucional. Como ressalta Tavares (1998, p. 129), o “(...) Supremo Tribunal Federal não detém qualquer exclusividade ou monopólio no controle da constitucionalidade, dada a co-existência do controle concentrado e do difuso no ordenamento jurídico pátrio”, aliado ao fato de que “(...) só parcialmente pode ser considerado especializado, já que não decide unicamente questões referentes ao controle da constitucionalidade, mas um amálgama heterogêneo de questões.”

A jurisdição constitucional brasileira reúne um conjunto de institutos destinados ao controle da conformidade em relação à Constituição de atos emanados tanto dos poderes

artigo 52, inciso X, da Constituição”, afirmou. O fenômeno, segundo o ministro, “está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte”.

Para o ministro, contudo, é necessário dar interpretação restritiva às competências originárias do STF, pois o uso indistinto da reclamação poderia transformar o Tribunal em “verdadeira corte executiva”, levando à supressão de instâncias locais e atraindo competências próprias de instâncias ordinárias.

No caso em análise, entretanto, o ministro Teori acolheu a Reclamação 4335 por violação à Súmula Vinculante 26 do STF, segundo a qual, “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990”. Embora a reclamação tenha sido ajuizada mais de três anos antes da edição da súmula, a aprovação do verbete constitui, segundo o ministro, fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo, que não pode ser desconsiderado pelo juiz, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil (CPC).

Votos

Os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio julgavam inviável a Reclamação (não conheciam), mas, de ofício, concediam habeas corpus para que os dez condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais. Os votos dos ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos proferidos na sessão desta quinta-feira, no sentido da procedência da reclamação. Para ambos, a regra constitucional que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de toda lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeito de publicidade, pois as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso”.

Executivo e Legislativo, como também do próprio Judiciário, além de se ocupar da proteção e garantia dos princípios e direitos fundamentais. Além do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, subsistem também instrumentos que permitem a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, tais como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, o mandado de segurança e a ação popular, sem olvidar de ações que são de competência originária do Supremo (TAVARES, 1998, p. 129).

Tem-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro que tem por principal atribuição o exercício por excelência da jurisdição constitucional. Nos termos do artigo 102 da Constituição da República brasileira, a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, o que o faz por meio de vários mecanismos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, tais como as ações diretas. Além disso, como é sabido, ele corresponde à última instância recursal no que diz respeito aos assuntos constitucionais, afora de possuir competência originária em determinados temas. Diante disso, feita a ressalva acima, pelo exame de seu apanágio, pode-se constatar que, no Brasil, o STF exerce a função de tribunal constitucional, bem como é incumbido de unificar a jurisprudência em determinados casos.

Um dos principais aspectos relacionados às funções do Supremo – e do Poder Judiciário como um todo – consiste na defesa e promoção dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, para que a atividade jurisdicional seja legítima, há a necessidade de independência judicial no seu exercício⁸⁴, de modo que viabilize a garantia permanente da plenitude dos direitos fundamentais nos casos concretos, ainda que a decisão possa ir de encontro a determinados interesses ditos majoritários ou grupos de pessoas com capacidade de influenciar grande parte da população, impondo de certa maneira sua ideologia e – demagogicamente – fazendo com que ela seja aceita. A independência do Poder Judiciário, dessa forma, é fator essencial para que a atividade jurisdicional alcance a necessária legitimação jurídica (constitucional) e política (PRADO, 2011, p. 06).

A afirmação judicial dos direitos e garantias fundamentais esbarra, nos dias atuais, em temas como ativismo judicial e judicialização da política. Além disso, o conceito atual de democracia diverge consideravelmente da concepção tradicional, calcada na vontade da maioria e na prevalência do Poder Legislativo, outrora tido como representante fiel das

⁸⁴ “Afim, sem um Judiciário independente não há como se promover a democracia. O Poder Judiciário é um *defensor objetivo e independente* da ordem constitucional (*higher law*), servindo como uma *contraestrutura* instituída ou um *contrapoder* que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobra violadoras da Constituição” (CAMBI, 2011, p. 201).

intenções populares, enquanto o Judiciário apenas pronunciava, submissa e acriticamente, as palavras frias da lei.

Todavia, estudos demonstram que as democracias contemporâneas são caracterizadas por intensa expansão e protagonismo judiciais (CITTADINO, 2004, p. 105; CAMBI, 2012, p. 84). Da mesma forma, na contemporaneidade, o Judiciário assumiu o compromisso, comum ao Estado como um todo, de promover o bem de todos⁸⁵ e o respeito à sua fundamental dignidade, sem que para tanto haja privilégios e opressões das majorias contra as minorias. Um conceito fechado e homogêneo de democracia, portanto, acrítico, embasado em concepções ultrapassadas como o princípio (ou, crê-se ser possível utilizar essa denominação, o *dogma*) majoritário, poderia facilmente violar os direitos mais básicos de uma minoria. Assim, o Estado deve, não obstante a divisão dos Poderes que se opera, respeitar os direitos fundamentais de todos, sejam maioria ou minoria, respeitando-se, pois, as regras do jogo democrático.

Há, portanto, pontos de contato entre a atividade parlamentar e a judicial. Ambas, todavia, estão inspiradas em um conceito de democracia que supera a tradicional vontade da maioria para agregar o caráter plural que assegura as minorias contra a opressão das majorias, reconhecendo a vitalidade dos direitos fundamentais de todas as pessoas. (PRADO, 2011, p. 08).

Ao passo que os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos pelo voto popular (logo, composto por membros dele dependentes para seu ingresso/manutenção no poder), buscam atuar sempre de maneira (ao menos, supostamente) a atender aos interesses da maioria da população, o Judiciário ficou encarregado do exercício de uma parcela do Poder Estatal que, por suas características constitucionais, muitas vezes pode se manifestar contramajoritariamente, ou seja, ir de encontro à vontade das massas. E a jurisdição constitucional representa o apogeu da discussão acerca de um conflito social, seja ele individual, coletivo ou normativo (abstrato): a verificação da conformidade da atuação em relação à norma fundamental estatal, muitas vezes, ao atingir determinados interesses dominantes, pode provocar discórdias em relação a setores da sociedade ou entre órgãos do próprio Estado, já que seus efeitos são capazes de influenciar direta ou reflexamente diversas esferas da sociedade.

As decisões judiciais têm influência no funcionamento da economia, na tomada de decisões políticas e no comportamento social. Logo, os julgamentos devem ser

⁸⁵ Ver os *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, art. 3º, CR.

norteados pelos princípios da publicidade, da impessoalidade e da transparência. Mais do que isso, as decisões judiciais têm de ser compreendidas pela sociedade para que possam legitimar o exercício do Poder Judiciário. A divulgação dos julgamentos que causam maior transformação social é, pois, dever do Judiciário. (CAMBI, 2011, p. 198).

Diante disso, convém ressaltar que o judiciário não pode atuar sempre de acordo com as aspirações do povo. Eis o ponto central de seu papel contramajoritário e de sua garantia de independência. A vontade popular não pode influenciar uma decisão judicial, a ponto de chocar-se com a Constituição e violar os direitos fundamentais. A concepção crítica de democracia permite conciliá-la com o constitucionalismo, de maneira que os limites e vínculos constitucionais à atuação estatal, com vistas à repressão aos possíveis abusos do poder, devem ser observados. Mais uma vez, recorremos a Zagrebelsky (2012, p. 129-130), para quem, numa democracia radical – oposta, portanto, à concepção crítica da democracia – o brocardo que impera é o *Vox Populi vox dei*, expressão que representa uma tendência totalitária:

Isso expressa uma concepção totalitária da democracia como força e como força absoluta, uma concepção que nos lembra muitas das características que vimos na decisão popular contra Jesus, principalmente a ausência de procedimentos e de garantias em favor das potenciais vozes em desacordo.

Tem-se, portanto, que a Justiça constitucional, “(...) longe de ser inerentemente antidemocrática e antimajoritária, emerge como um instrumento central para escudar os princípios democráticos e majoritários contra o risco de corrupção” (CAPPELLETTI, 2001, p. 45), assim como constitui forte aliada na luta contra o *uso instrumental da democracia* (ZAGREBELSKY, 2012, p. 108), na medida em que a democracia pressupõe a participação no processo político, garantida às maiorias e minorias, em especial por intermédio dos direitos fundamentais (liberdade de expressão, de opinião, de imprensa e tantos outros).

Assim, não causa espanto o fato de se ter experimentado forte expansão da jurisdição constitucional, notadamente quando da concretização de direitos fundamentais, capaz de possibilitar o surgimento de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política.

2.2.3 Expansão da jurisdição constitucional: judicialização da política e ativismo judicial

O crescente recurso a juízes e tribunais na busca pela proteção e efetivação das normas constitucionais, especialmente no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais, sejam eles de primeira dimensão (caracterizados como direitos de defesa do indivíduo contra as ingerências do Estado, categoria que engloba os direitos civis e políticos) ou mesmo os denominados direitos de prestação (sobretudo os direitos sociais, enquadrados na segunda geração – ou dimensão – dos direitos), tem garantido um inegável protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais Poderes. O desenvolvimento do constitucionalismo, com a incorporação pelas Constituições de princípios (dotados de alto teor de abstração) e normas com caráter aberto, viabiliza a atividade interpretativa jurisdicional, especialmente em sede da jurisdição constitucional (CITTADINO, 2004, p. 105).

No caso brasileiro, principalmente a partir do advento da Constituição da República, promulgada aos 05 de outubro de 1988 e que representa marco histórico do processo de restauração democrática no país, o Judiciário deixou de se apresentar como uma estância tipicamente técnico-burocrática de apreciação de demandas e passou a se sobressair na composição do Poder político estatal e na garantia de direitos. O novo modelo institucional inaugurado pela Constituição de 1988 permitiu uma maior atuação dos segmentos da sociedade perante o Poder Judiciário em busca da concretização de seus direitos, notadamente no que diz respeito aos direitos fundamentais (CAMBI; PEREIRA, 2014, p. 436).

Mas esse fenômeno não pode ser considerado como exclusividade brasileira. Percebe-se que há forte relação com o que Santos (2011, p. 26) designou de “curto-circuito histórico” ocorrido nos países em desenvolvimento, ou seja, com a conjuntura observada pelas sociedades periféricas e semiperiféricas quando da passagem de regimes autoritários para regimes democráticos. Com o processo de democratização das sociedades não pertencentes ao centro do sistema socioeconômico, foi incluída abruptamente nas Constituições desses países uma série de direitos que, nas nações desenvolvidas, sucederam mediante longo processo histórico e gradual implementação, processo evolutivo que, nestes países, é bem representada pela sua tradicional classificação em dimensões⁸⁶. A constitucionalização de tamanho conjunto de direitos sem o respectivo respaldo de políticas públicas e sociais abriu espaço para uma maior atuação judicial, de modo que foram

⁸⁶ Sobre as dimensões, ver Bonavides (2011, p. 562 a 590).

atribuídos novos papéis à atividade jurisdicional, especialmente com a finalidade de resolver conflitos sociais (SANTOS, 2011, p. 26; CAMBI; PEREIRA, 2014, p. 436).

Esse fenômeno foi denominado de “judicialização da política”, e tem por característica marcante a transferência de poder das instâncias tipicamente políticas para juízes e tribunais (BARROSO, 2009, p. 03; VIEIRA, 2009, p. 45). A judicialização da política, portanto, ocorre “(...) sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política” (SANTOS, 2011, p. 26).

Ao tratar sobre a judicialização da política e da politização do direito, Santos (2011, p. 34) aponta para o surgimento de uma nova fase ante a insuficiência do neoliberalismo, o qual falhou em promover o crescimento ao passo que aumentou de maneira drástica as desigualdades sociais e a insegurança na vida das pessoas (especialmente nas classes populares), além de fomentar uma cultura de degradação ambiental e indiferença. O autor retrata, no tocante ao Judiciário, dois grandes campos que podem ser identificados: um campo hegemônico e outro contra-hegemônico.

O primeiro, denominado campo hegemônico, está relacionado com o campo dos negócios, da economia, onde se pretende um Judiciário orientado a proteger, de maneira efetiva, com segurança – jurídica – e previsibilidade, os direitos patrimoniais, de modo a que permita o normal desenvolvimento dos interesses econômicos⁸⁷, com foco na eficiência e na celeridade (SANTOS, 2011, p. 34). “A formação dos magistrados, por exemplo, é orientada, fundamentalmente, para as necessidades da economia” (SANTOS, 2011, p. 35).

No campo entendido como contra-hegemônico, vê-se o campo dos cidadãos, protagonistas da exclusão social e do descaso, mas que progressivamente se conscientizam de que “(...) os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social” (SANTOS, 2011, p. 35).

As instâncias judiciais, assim, servem de alternativa à ineficiência política ou mesmo à inexistência de formulações de políticas públicas por parte do Estado, de maneira especial por parte das instâncias majoritárias tipicamente encarregadas deste mister, com a finalidade

⁸⁷ E ressalta o autor: “É neste campo que se concentra a grande parte das reformas do sistema judiciário por todo o mundo” (SANTOS, 2011, p. 34), incluindo o Brasil. Acerca do sistema judiciário brasileiro, Oliveira (1985, p. 81) já observava: “As contendas mais sensíveis, que ponham em jogo os valores de maior interesse para as classes dominantes, essas escapam ao rito demorado e ineficiente, prolongado e desastroso. Para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade *de* procedimento e desigualdade *no* procedimento. Para que, então, preocupar-se com um Poder Judiciário forte e soberano, capaz de resolver o insistente anseio de justiça em que se debate a gente brasileira?”.

de promover determinados direitos fundamentais. Ou seja, ante a crise do Estado Social, boa parte das demandas judicializadas “(...) tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos, com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação” (SANTOS, 2011, p. 24).

Ainda com respaldo em Santos (2011, p. 25), conclui-se que o modelo institucional adotado pós-Constituição de 1988 viabilizou a utilização das instâncias jurisdicionais para a concretização de direitos. Com a redemocratização brasileira, a reputação do uso de vias judiciais foi inflada, além de ampliada por instituições e mecanismos diversos, tais como a ampliação do rol de legitimados à propositura de ações visando o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, a possibilidade de associações ajuizarem ações em nome de seus associados, além da consagração de importantíssimas instituições voltadas à defesa de direitos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Não se pode esquecer, todavia, do fato de que, em que pese os problemas gerados pela desenfreada judicialização da vida⁸⁸, “(...) é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político”, ao mesmo tempo que “(...) os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas” (CITTADINO, 2004, p. 106).

Assim, não restam dúvidas de que compete ao Judiciário, de maneira categórica, realizar a Constituição. Ou seja, ele é encarregado de concretizar os valores e fins constitucionalmente resguardados, ainda que, na realização de tal mister, entre em aparente confronto com os demais Poderes (BARROSO, 2009, p. 03). Mas essa não se trata de uma incumbência exclusiva dos órgãos jurisdicionais.

A partir de construções teóricas oriundas da evolução do Estado e do direito constitucional, como a supremacia e a força normativa da Constituição, solidificou-se que todos os Poderes do Estado – seja o Judiciário, como o Executivo e o Legislativo – assim como os demais órgãos da administração, sejam de caráter de direito público ou privado, devem estar submetidos aos ditames constitucionais e aos direitos fundamentais (BREGA FILHO; PINTO, 2014, p. 11).

⁸⁸ Emprestando a expressão de Barroso (2009, p. 02).

Diante disso, a partir do momento em que uma questão é disciplinada por uma norma de natureza constitucional, dotada, pois, de força normativa⁸⁹, ela se transforma em uma – possível – pretensão jurídica, cuja concretização pode ser exigida por intermédio de uma ação judicial (BARROSO, 2009, p. 03); isto é, referida questão pode ser judicializada.

Não obstante, é patente que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes entre si, de modo que exercem um controle recíproco sobre suas atividades, doutrina inspirada na teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*) do direito norte-americano⁹⁰, com a finalidade de impedir excessos e a preponderância de um ou mais órgãos sobre outro, o que provavelmente acarretaria em sérios riscos para a democracia e para os direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 12), ao passo em que são harmônicos, ou seja, “caminham” na mesma direção, com os mesmo objetivos: os da República Federativa do Brasil como um todo⁹¹. Desta feita, os três Poderes necessariamente são intérpretes da Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos.⁹²

Ocorre que, na estrutura institucional atual, frise-se, pautada pelo princípio da separação dos poderes – pelo qual as funções preponderantes relativas à administração, legislação e jurisdição são de competência de órgãos diferentes –, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, ou mesmo no caso de omissão legislativa, assim como na carência ou deficiência (que também se caracteriza como omissão) na implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, a palavra final, ao cabo de uma ação judicial em que foi provocado para manifestar-se, logo, para exercer sua função típica, é do Judiciário (BARROSO, 2009, p. 12).

Não se nega, contudo, a necessária observância ao princípio da subsidiariedade quando da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos dos demais Poderes, no caso de

⁸⁹ Ver: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁹⁰ “A tripartição do poder, pelo sistema conhecido como *checks and balances* (freios ou controles e contrapesos), visa evitar que os diferentes órgãos do Estado abusem das competências que lhes foram conferidas. Para tanto, é necessário que cada ‘poder’ seja separado e corresponda igualmente a outro, capaz de condicioná-lo e freá-lo. O princípio da separação dos poderes está, pois, baseado na ideia simples de Montesquieu, segundo o qual *somente o poder freia o poder*” (CAMBI, 2011, p. 201).

⁹¹ Em especial, os previstos no art. 3º, CR.

⁹² Nesse sentido, Häberle (2002, p. 13) contesta o modelo atual de interpretação constitucional, dado seu hermetismo, e vai além ao propor, na medida em que as sociedades são pluralistas, um modelo aberto a todos os participantes do processo social, como forma de agregar à teoria da interpretação as influências da teoria democrática: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

ação ou omissão inconstitucional deles sobrevividas, conforme oportunamente ressalva Cambi (2011, p. 203):

Afinal, confiar, cegamente, na interpretação dos princípios constitucionais pelo STF seria perigoso para a democracia, na medida em que não elevaria a *consciência constitucional* da população, restringindo o discurso jurídico a onze “sábios superpoderosos”, em prejuízo das mudanças sociais, da cidadania e da promoção dos próprios valores contidos na lei fundamental.

Tem-se constatado, portanto, que “O *protagonismo judiciário responsável* está a serviço do Estado Democrático de Direito”, mas “Seu uso eventual deve estar amparado nas limitações indispensáveis, decorrentes da sua necessária harmonização com o princípio da separação dos poderes” (CAMBI, 2012, p. 94).

Exemplo – recentíssimo, diga-se de passagem – elucidativo de atuação responsável da jurisdição constitucional, consciente de seus limites institucionais e condizente com os preceitos democráticos, pode ser verificado em contenda direcionada à sua interferência nas atividades típicas dos Poderes Executivo e Legislativo Federais, precisamente nos autos do Mandado de Segurança (MS) 33.351-DF, impetrado por Deputados Federais contra ato praticado pela Presidente da República, consistente no pedido de declaração de nulidade da Mensagem 398/2014, oriunda da Presidência da República, que encaminhou ao Congresso Nacional o “(...) Relatório de Avaliação das Receitas e Despesas, referente ao quinto bimestre de 2014, destinada à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional”, o qual teria sido “(...) elaborado em flagrante violação ao direito em vigor à época do exercício orçamentário a que se refere e da feitura do instrumento”, supostamente pela inobservância do art. 3º da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 12.919/2013), segundo os impetrantes. Da mesma forma, sob o argumento de que fora “(...) violado o direito de fiscalização do Poder Executivo pelo Congresso Nacional, prerrogativa veiculada nos arts. 34, VII, “d”, 49, IX, e 70 da Constituição da República”, pleiteavam o deferimento de medida liminar para suspender “(...) a tramitação do PLN nº 36, de 2014 até que a decisão de mérito tenha sido cumprida pela Presidente da República, nos termos do art. 7º, III, da Lei 12.016, de 2009”, Projeto de Lei que propunha alterar “(...) a LDO-2014 (PLN nº 36/2014) no sentido de ampliar a possibilidade de redução da meta de resultado primário no montante dos gastos relativos às desonerações de tributos e ao PAC”.

Na sua decisão, o Ministro Relator Luiz Fux, embora reconhecendo a legitimidade ativa do parlamentar, “(...) fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de formação das normas estatais”, para “(...) impugnar, em juízo, o eventual descumprimento,

pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no domínio material ou no plano formal, a atividade de positivação dos atos normativos”, entendeu que “(...) a controvérsia versada nestes autos não se enquadra nesta hipótese excepcional de legitimidade ativa para impetração de mandado de segurança”. Os fundamentos decisórios residiram, basicamente, no dever de respeito e deferência do Poder Judiciário para com o Poder Legislativo, justamente voltado à manutenção e ao adequado funcionamento das instituições democráticas.

A discussão travada nos autos, segundo o Ministro, “(...) atinge o cerne da teoria constitucional em um Estado Democrático de Direito”, pois o remédio constitucional impetrado objetivava que o Supremo se pronunciasse sobre a validade jurídica de atos oriundos do Poder Executivo, os quais posteriormente deveriam ser submetidos ao crivo do Poder Legislativo, “(...) como representação da atuação política exercida pelos representantes do povo”. Nesse sentido, ressaltou a importância do debate acerca dos limites de atuação do Judiciário numa democracia, cujos ideais, apesar de se harmonizarem com os ideais do constitucionalismo, às vezes revelam uma tensão latente entre si. Isso porque, ao passo que a democracia visa promover a soberania popular, fortemente relacionada à regra majoritária, o constitucionalismo, por sua vez, sustenta a limitação do poder por intermédio do direito, impondo obstáculos à vontade da maioria. Essa aparente contradição entre os limites impostos pela Constituição e os valores democráticos recai no imprescindível dever de cautela quando do exercício da jurisdição constitucional.

De acordo com o Ministro, “(...) a Constituição não pode ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República”, razão pela qual se deve “(...) rechaçar qualquer leitura maximalista das cláusulas constitucionais que acabe por amesquinhar o papel da política ordinária na vida social.” As Cortes, portanto, no exercício da jurisdição constitucional, tem por principal função a de fiscalizar a observância e zelar pelo respeito das limitações constitucionais, sendo que seu desafio no Estado Democrático de Direito consiste justamente em não ir além da sua missão, nem ficar aquém do seu dever. Como não cabe à jurisdição extinguir o debate desenvolvido nas vias políticas ordinárias de maneira legítima e adequado às regras constitucionais, assim como não se tratar, no caso, de circunstância que reclame a proteção das minorias parlamentares, o ministro não verificou a existência de direito subjetivo de parlamentares passível de fundamentar a sua legitimidade ativa para a impetração do Mandado de Segurança, motivo pelo qual negou seu seguimento. Nas suas palavras, “A

questão deve permanecer em discussão, de forma republicana, transparente e com os canais de participação aberto a todos o que queiram deles participar”.

Nota-se, portanto, que o papel do Estado na concretização das propostas e promessas constitucionais no que diz respeito aos direitos fundamentais tem sido objeto de constante reivindicação social. Ante a progressiva conscientização da população acerca de seus direitos, corroborados pelos inúmeros movimentos em defesa do pleno acesso à justiça, a sociedade, cada vez mais, vem cobrando dos poderes públicos a devida eficiência e bom trato em relação aos assuntos de interesse comum da sociedade, assim como no tocante às demandas coletivas. E isso se dá, muitas vezes, por intermédio de uma demanda judicial, pois cada vez mais o Poder Judiciário coloca-se à frente de diferentes questões da sociedade, dada sua característica de poder ser mais maleável na adaptação conforme a dinâmica da transformação dos valores e das práticas emergentes (ALVES; ALVES, 2008, p. 82).

A responsabilidade da atuação judicial não impede que o Poder Judiciário seja ativista em determinados casos, no exercício de sua função típica e em consonância com os ditames constitucionais, da mesma forma que implica também o dever de reconhecer suas limitações, o que esbarra na necessidade de uma equilibrada autocontenção, seja diante de casos em que se evidencie sua incapacidade institucional na implementação de suas decisões como em situações nas quais os efeitos sistêmicos de suas decisões criem óbices que impeçam sua aplicação imediata (CAMBI, 2012, p. 93) ou possam provocar danos diretos ou reflexos no harmônico e regular funcionamento do Estado como um todo.

A observação acerca da necessidade – e da responsabilidade – de autocontenção não exclui a possibilidade de, quando indispensável à concretização ou salvaguarda de direitos fundamentais, observada suas competências e possibilidades constitucionalmente ancoradas, o Judiciário – em geral, e o STF, em particular – adotar uma postura ativista.

A expansão da jurisdição constitucional, para concretizar direitos fundamentais, em muitos casos, pode também dar ensejo ao ativismo judicial, que, diferentemente da judicialização da política – que está ligada ao modelo institucional-constitucional brasileiro, mormente na atribuição de novas responsabilidades à atividade jurisdicional mediante a transferência de poder de instâncias tipicamente políticas para juízes e tribunais –, se apresenta relacionado ao perfil de atuação adotado pelos magistrados que, por intermédio de técnicas de interpretação jurídica, possibilitam a ampliação do alcance das normas constitucionais, seja na defesa dos direitos fundamentais ou mesmo diante da necessidade de se preencher um vazio que deveria ser ocupado por decisões tomadas pelas instâncias tipicamente políticas.

O ativismo judicial, portanto, pode representar importantíssimo mecanismo de atuação jurisdicional na defesa de direitos e garantias fundamentais, seja de acordo com as decisões políticas majoritárias, mas, especialmente, contramajoritariamente, em defesa dos direitos de minorias.

É o que se analisará no próximo capítulo.

3. ATIVISMO JUDICIAL

Quem dá às Constituições realidade, não é, nem a inteligência, que as concebe, nem o pergaminho, que as estampa: é a magistratura, que as defende.

Rui Barbosa

O presente trabalho se iniciou com abordagens sobre a democracia. Primeiro, uma breve passagem pelas suas origens seguida pela – árdua, embora concisa – tentativa de conferir-lhe uma definição, ainda que mínima, por se tratar de conceito multifacetado. Nesse percurso, chegou-se ao poder, tema inseparável e componente da democracia. Ficou consignado que onde há convivência humana, há relações de poder; conseqüentemente, há desigualdades, pois sempre haverá, em maior ou menor escala, um dominador e um dominado, um opressor e um oprimido, e assim por diante. Essa dicotomia revela o problema e a necessidade de imposição de limites ao poder, já que não se vislumbra sua eliminação. As limitações ao poder, portanto, permitem sua funcionalização para o alcance das suas potencialidades positivas e a redução máxima dos seus efeitos negativos. E coube ao direito a tarefa de promover a integração dos diversos poderes atuantes na sociedade, com o objetivo de proporcionar segurança e estabilidade sociais no mais alto grau possível, bem como o encargo de solucionar os conflitos que sobrevierem. A democracia, portanto, consiste, de maneira ampla, nas regras e procedimentos relativos ao exercício do poder, tanto no que respeita à sua instrumentalização para o alcance de efeitos assaz proveitosos à comunidade como também no asseguramento do indispensável respeito aos seus limites.

Sobre a integração e conseqüente limitação do poder no seio da sociedade pelo direito, notadamente mediante normas jurídicas, as experiências vividas pelos grupos sociais evoluíram para seu regulamento por meio de uma Constituição⁹³, lei fundamental onde se positivaram normas que ocupam posição hierarquicamente superior em relação às demais constantes do ordenamento jurídico de um Estado e cujo processo de alteração fora ou dificultado ou até mesmo inviabilizado em determinados casos, ainda que diante dos interesses majoritários daquele grupo social; nesse contexto, foram debatidos os temas

⁹³ “Hoje, quase todos os países têm constituição escrita. Mas há aqueles que não a têm. Um país sem constituição escrita é a Arábia Saudita. Lá se usam o Alcorão, considerado um livro sagrado, e outros ensinamentos islâmicos como lei máxima. O mais famoso exemplo de um país sem constituição escrita é o Reino Unido. A constituição britânica é na verdade um grupo de leis que foi sendo construído ao longo da história. Não há um documento único com todas elas escritas. Entre essas leis estão a Magna Carta, o English Bill of Rights de 1689, leis aprovadas pelo parlamento e decisões jurídicas assentadas, entre outras” (CONSTITUIÇÃO, 2015, s/p).

constitucionalismo e, numa evolução dessa doutrina, o neoconstitucionalismo, entendidos como teorias ou técnicas voltadas ao controle do poder, sua organização, limitação e otimização do seu exercício com vistas aos objetivos fundamentais daquela sociedade, consoante às expectativas constitucionalmente previstas.

O neoconstitucionalismo, em especial, que como o próprio nome sugere corresponde a uma versão mais recente da doutrina constitucionalista, surgiu como uma técnica atual e efetiva, sem abandonar o aspecto crítico, pela qual se pretende a interpretação e compreensão jurídicas de maneira mais adequada diante das especificidades e complexidades da sociedade contemporânea, com observância das normas constitucionais e voltada à proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais.

Constituição, democracia e salvaguarda dos direitos fundamentais são três proposições que, juntas, estabelecem alguns dos principais contornos do Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro quando, logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito agrega o ideal democrático ao Estado de Direito⁹⁴, reunindo as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social, tendo por objetivo a transformação do *status quo* (STRECK; MORAES, 2012, p. 97):

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução das condições materiais de existência. (STRECK; MORAES, 2012, p 97).

O Estado Democrático de Direito, portanto, dado seu caráter transformador da realidade social, contempla uma série de princípios e objetivos relacionados à justiça social e à concretização dos direitos fundamentais, de modo que a sociedade se desenvolva no sentido

⁹⁴ Lembrando que “A ideia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública” (STRECK; MORAES, 2012, p. 92), contrapondo-se aos regimes autoritários, nos quais o poder se concentra na autoridade (pessoa ou instituição), tal como ocorre nas formas absolutistas.

de proporcionar aos seus membros o mais próximo do ideal de dignidade humana⁹⁵, mediante a redução das desigualdades sociais (e econômicas, culturais, e tantas outras) e a elevação do ser humano, considerado como sujeito de direitos e dotado de dignidade. A democracia, que pressupõe ampla participação nas decisões mais importantes relativas aos rumos da sociedade, não obstante os problemas relativos às imprecisões em sua caracterização e realização, se enquadra satisfatoriamente na condição de regime capaz de proporcionar tais aspirações, pois que se caracteriza como um regime em que há respeito às liberdades humanas fundamentais, como a liberdade de expressão e discussão sobre os anseios e necessidades sociais, as liberdades de imprensa e divulgação responsável de assuntos que interessam à comunidade, sem censura e respeitosa aos direitos fundamentais, além de várias outras, que permitem a construção dos valores sociais da comunidade, plural e complexa, em respeito tanto à maioria como à minoria; todavia, será adequada à sociedade atual desde que compreendida a partir de uma concepção crítica que reconheça a soberania popular sem fazer esquecer-se da imperiosa exigência da limitação do poder⁹⁶, e não apenas em seu sentido radical, restrita ao rígido dogma da vontade da maioria⁹⁷. Não porque seja um modelo perfeito, mas porque consiste no melhor modelo até então conhecido e experimentado.

Em seguida, foi discorrido sobre a necessária relação entre o poder político e o direito, quando se concluiu pela sua indissociabilidade. Nesse contexto, procedeu-se ao estudo da jurisdição constitucional, entendida como a garantia jurisdicional das normas constitucionais, importante técnica no controle do exercício do poder e na defesa das regras do jogo democrático. Dado seu caráter contramajoritário, ou seja, diante da possibilidade de o Poder Judiciário manifestar-se de maneira contrária aos interesses da maioria, ou mesmo entrar em colisão com decisões tomadas pelas instâncias tipicamente políticas, eleitas majoritariamente pelo voto popular – leia-se, passível de colidir-se com normas e atos oriundos dos Poderes Legislativo e Executivo – a jurisdição constitucional suporta inúmeras críticas acerca de seu exercício. Visto sob esse ângulo, cogita-se o aparente confronto entre

⁹⁵ “(...) a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos)” (SARLET, 2009, p. 94).

⁹⁶ Novamente com apoio em Zagrebelsky (2012, p. 129): “As concepções acrílicas da democracia falam levemente em soberania popular no sentido de que o povo está acima de qualquer autoridade (o que, em democracia, é incontestável) e também de que detém um poder ilimitado. A democracia crítica, ao contrário, nega a soberania popular nesse segundo sentido e sustenta que o povo detém, sim, o poder supremo de orientar o governo sobre a coisa pública, mas que esse poder, mesmo sendo supremo, não é ilimitado”.

⁹⁷ A atribuição de poder, ainda que à maioria, porém, sem limites, certamente recairá em abusos. Exemplos não faltam, e o mais simbólico é o próprio julgamento de Jesus Cristo: “Justamente: *vox populi, vox dei*. Isso expressa uma concepção totalitária da democracia como força e como força absoluta, uma concepção que nos lembra muitas das características que vimos na decisão popular contra Jesus, principalmente a ausência de procedimentos e de garantias em favor das potenciais vozes em desacordo” (ZAGREBELSKY, 2012, p. 129).

constitucionalismo e democracia, pois que, supostamente, afiguram-se possíveis afrontas a princípios consagrados do Estado de Direito, como a separação dos poderes e o próprio princípio democrático, em embate com a democracia representativa.

Como se não fosse suficiente, diante do cenário atual composto por desmedido pluralismo e complexidade aliado à necessidade de respeito aos direitos humanos de todas as dimensões e sua concretização, os juízes e tribunais, à medida que recebem críticas relativas ao seu papel contramajoritário e ao exercício de funções políticas, tem adotado um perfil mais ativo e crítico no exercício da prestação jurisdicional, em contraposição ao passivismo tradicional atribuído ao Poder Judiciário.

No Brasil, especialmente após o advento da Constituição de 1988, esse fenômeno se intensificou, de modo que fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial tem sido objeto de inúmeros debates, sujeitos tanto a críticas como também a elogios. Percebe-se, pois, que o protagonismo judiciário, seja mediante sua atuação ativa ou passiva, afeta sobremaneira os rumos da política, interferindo na atuação dos demais Poderes da República.

Reunido o embasamento teórico acerca do contexto histórico – passado e presente – assim como, na sequência, apresentadas as principais características do objeto de estudo, ou seja, do órgão responsável pelo exercício da jurisdição constitucional no Brasil, compete, neste último capítulo, a abordagem do tema principal do presente trabalho, qual seja, do ativismo judicial, mais especificamente do ativismo exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que tem por competência o exercício por excelência da jurisdição constitucional, na tentativa de analisar suas origens e concepções, para que seja possível delimitar suas características quando ocorrente no exercício da jurisdição constitucional de forma democrática.

Ciente das limitações que o presente trabalho carrega, pretende-se, portanto, além de uma concisa identificação e compreensão do tema, a proposição da adoção de uma concepção que se encaixe na experiência brasileira, conflitando seus aspectos positivos e negativos, bem como a análise crítica da expansão da jurisdição constitucional – e, conseqüentemente, do ativismo judicial – tal como da necessidade de uma redução da judicialização da vida, até mesmo como meio de viabilizar, ante a racionalização e conseqüente seleção de demandas, um aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro.

3.1 Origem e conceitos do ativismo judicial⁹⁸

3.1.1 O ativismo judicial nos Estados Unidos

A origem da expressão *ativismo judicial* remonta aos Estados Unidos da América, em meados da década de 1940. Nesse país, berço do tema e do termo⁹⁹, a primeira menção ao vocábulo é atribuída ao historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr. quando, em um artigo escrito na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, dele se utilizou para caracterizar parte dos *justices* da *Supreme Court* como *judicial activists*, e parte como *champions of self-restraint*¹⁰⁰.

Ocorre que, mesmo no país onde surgiu o ativismo judicial, a doutrina enfrentou e ainda enfrenta dificuldades em defini-lo com precisão, o que reflete na utilização prática e acadêmica do termo muitas vezes de maneira contraditória: discorre-se sobre o tema sem a apresentação de um sentido coerente, eis que não há conformidade na utilização da expressão, sendo ela frequentemente empregada em diversos contextos, nem sempre convergentes.¹⁰¹ Disso resulta que, também nos Estados Unidos, o fenômeno ainda carrega diversas concepções e se apresenta por várias características. Muitas vezes é visto como a invalidação judicial das normas promulgadas pelo Legislativo, como a desconsideração de precedentes, a “legislação” pelos Tribunais (*“legislate from the bench”*), o afastamento das metodologias tradicionais de interpretação, ou mesmo decisões baseadas em intenções dos juízes (KMIEC, 2004, p. 1463-1475).

De acordo com Baum (1987, p. 17), naquele país, não obstante a expressão *ativismo judicial* ser utilizada de várias maneiras, é possível reconhecer como elemento essencial do conceito a inclinação da Suprema Corte em realizar mudanças significativas na política pública nacional, principalmente em relação às ações oriundas de outras instituições:

⁹⁸ Sobre esse tema, ver Cambi; Pereira (2014, p. 435-457).

⁹⁹ “Os Estados Unidos são o berço do tema e do termo ‘ativismo judicial’. Se fosse escrito um livro sobre a história geral do ativismo judicial, o debate norte-americano deveria consumir talvez mais da metade do espaço da obra. E sem dúvida, seriam os momentos mais importantes, interessantes e ricos em elementos teóricos e empíricos” (CAMPOS, 2013, p. 4696).

¹⁰⁰ “Arthur Schlesinger Jr. introduced the term “judicial activism” to the public in a *Fortune* magazine article in January 1947. Schlesinger’s article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the “Judicial Activists” and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the “Champions of Self Restraint. Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group” (KMIEC, 2004, p. 1446).

¹⁰¹ “This is so because “judicial activism” is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it” (KMIEC, 2004, p. 1443).

A expressão *ativismo judicial* é usada de muitas maneiras. Um elemento chave do conceito é uma disposição da Corte de realizar mudanças significativas na política pública, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições. O elemento mais visível do ativismo judicial é a emissão de decisões que derrubam políticas legislativas e executivas, mas o ativismo pode assumir outras formas.

Entretanto, nem todo ativismo na atuação judicial pode ser considerado como progressista. Decisões da Suprema Corte norte-americana, consideradas ativistas, serviram tanto a ideologias liberais como conservadoras¹⁰². O papel da Corte tomou rumos diferentes no que se refere à sua relação com as políticas públicas. A título de exemplo, como ensina Baum (1987, p. 270-276), a partir dos anos 1880 até o final dos anos 1930, a Corte apresentou posição marcadamente conservadora. Houve destaque para a proteção dos interesses econômicos contra regulações do Governo, especialmente a respeito da regulamentação dos negócios com consumidores e trabalhadores e relativos à tributação. Assim, nesse período, as decisões oriundas da Suprema Corte tinham como tema principal a proteção de empresas comerciais, seja limitando as intervenções regulatórias do Estado, seja promovendo a liberdade dos negócios. Em contrapartida, no tocante à proteção das liberdades civis, esse foi um tema de pouca importância no período relatado, de modo que, por exemplo, houve notória deficiência na defesa dos direitos civis dos cidadãos negros¹⁰³:

Na questão Casos de Direitos Civis (1883) e em outras decisões, a Corte interpretou restritivamente o poder do Governo Federal de proteger os direitos dos negros. No caso *Plessy versus Ferguson* (1896), a Corte manteve a legitimidade da segregação racial ao estabelecer a doutrina de “separado mas igual”. Outras decisões foram mais favoráveis aos negros, mas não tiveram a significação destas duas linhas de doutrina (BAUM, 1987, p. 274).

Portanto, a Corte daquele período, sob o aspecto ideológico, era conservadora, e sua atuação tendia a proteger interesses (econômicos) privilegiados na sociedade¹⁰⁴, ao passo que

¹⁰² “A história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais *pela alma* da Suprema Corte” (CAMPOS, 2014, p. 60).

¹⁰³ A questão racial, bem como a defesa dos direitos civis de cidadãos negros nos Estados Unidos, diga-se de passagem, até os dias atuais representam temas extremamente sensíveis à sociedade norte-americana, dado seu legado histórico marcado por inúmeros casos de segregação e discriminação. Casos de abuso e morte provocados por policiais contra cidadãos negros, acusados de serem praticados por motivos de preconceito racial, por exemplo, são temas recentes (e, pode-se dizer, frequentes) nos noticiários, e tem provocado inúmeras movimentações populares na luta contra tais atos abusivos.

¹⁰⁴ “Este foi o perfil de Corte intervencionista que vigorou na última década do séc. XIX e que, no início do séc. XX, viria a decidir *Lochner*: ativista e conservadora na defesa do *direito natural* de propriedade e da liberdade de contrato, e hostil quanto à intervenção estatal na economia. Portanto, o ativismo judicial conservador da Era *Lochner* encontrou origem na estratégia do governo em estabelecer a composição da Suprema Corte, durante as últimas décadas do século XIX, majoritariamente favorável aos interesses da elite econômica então dominante. Política democrática e força econômica interagiram para institucionalizar, na Suprema Corte, a interpretação

foi dada pouca atenção à proteção dos direitos de minorias, como sucedeu com os direitos dos cidadãos negros (BAUM, 1987, p. 275).

Posteriormente, no período que compreende o final dos anos 1930 e meados dos anos 1980, houve uma mudança drástica na posição ideológica da Suprema Corte dos Estados Unidos, tanto em relação às questões econômicas como também no tocante às liberdades civis, atingindo seu ápice de expansão da doutrina liberal na década de 1960. Houve maior aceitação do poder do Governo em regulamentar a economia, e a adoção de uma posição ativista em apoio às liberdades civis, tema que ocupou boa parte de sua pauta.¹⁰⁵ Durante a “Grande Depressão” que assolou os Estados Unidos a partir da crise econômica de 1929, o então presidente Franklin Delano Roosevelt implementou uma série de programas de intervenção econômica e social a fim de restabelecer a economia e proteger a classe mais pobre – o chamado *New Deal* –, medidas que foram em boa parte atacadas pela Suprema Corte (CAMPOS, 2014, p. 63). Essa Corte conservadora, todavia, foi sendo alterada por meio do processo normal de escolha dos seus juizes de modo que, sucessivamente, o presidente Roosevelt foi responsável pela nomeação de oito de seus membros, garantindo uma maioria favorável às orientações do *New Deal* e orientada por seus princípios, superando o ativismo conservador que nela predominava e desenvolvendo precedentes mais liberais (CAMPOS, 2014, p. 65). Formou-se, então, uma Corte defensora de princípios progressistas e que, além de apoiar as ações regulatórias do Estado, também defendia a promoção de direitos e liberdades básicas dos cidadãos, consignando a proteção a esses direitos como sendo a essência do governo democrático (CAMPOS, 2014, p. 66).¹⁰⁶ Em meio a essa verdadeira *revolução constitucional*, de cunho liberal e desenvolvida num momento político favorável¹⁰⁷, era de se esperar que os conservadores arquitetassem uma *contrarrevolução constitucional*, com a finalidade de adequar a ideologia da Corte aos ideais Republicanos, aspirações que

constitucional que consideravam a mais adequada: proteção da propriedade e da liberdade econômica das grandes empresas” (CAMPOS, 2014, p. 63).

¹⁰⁵ “O liberalismo da Corte a respeito das questões referentes às liberdades civis atingiu o pico nos anos 60. Decisões da Corte expandiram as liberdades num amplo conjunto de campos, desde os direitos civis dos negros até os direitos dos réus criminais e a liberdade de expressão” (BAUM, 1987, p. 278).

¹⁰⁶ Conhecido como o momento de maior ativismo judicial liberal, “A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. (...) Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como ‘documento vivo’ (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Orientadas pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático (...)” (CAMPOS, 2014, p. 69).

¹⁰⁷ “Era uma Corte liberal em momento político de Governo e Congresso dominados por Democratas liberais, de forma que a direção ideológica da Corte estava conforme a coalizão política dominante” (CAMPOS, 2014, p. 71).

foram sendo executadas – politicamente – com a consequente nomeação dos juízes seguintes, o que resultou numa alteração do perfil político-ideológico da Corte, sendo que, num período mais recente (1993-2002), ela novamente entrou em uma fase bastante conservadora¹⁰⁸ (CAMPOS, 2014, p. 84).

Mais recentemente, diante do atual perfil da Suprema Corte norte-americana, que pode ser considerado conservador, observa-se que a história se repete, haja vista sua posição favorável aos grupos detentores do poder econômico. Como mostra Campos (2014, p. 93-94), tem-se observado a “(...) renovação da hostilidade da Suprema Corte em relação a leis que regulam a economia ou procuram limitar a influência do poder econômico, e isso vem ocorrendo em detrimento dos consumidores, dos trabalhadores e da equidade do processo político eleitoral”, sem mencionar, dentre outras atitudes conservadoras, as reduções de garantias criminais e do alcance de ações afirmativas, ante o visível restabelecimento do embate histórico no qual se opõem um Presidente Democrata – favorável a políticas públicas de cunho social e com ações voltadas para a inclusão – e uma Corte majoritariamente conservadora, com maioria de juízes nomeados por Presidentes Republicanos. No centro disso, há o ativismo judicial e sua imprecisão conceitual, ora considerado nocivo, ora tido por benéfico, a depender do observador. Assim, é cediço que as relações estreitas entre Direito e Política, bem expressas na experiência constitucional dos Estados Unidos da América, consistem em importantes fatores no estudo do tema em questão.

Feita uma breve passagem pelos contornos da mais alta corte estadunidense, tendo em vista a importância desse país no desenvolvimento do ativismo judicial, interessa agora examinar o tema no Brasil e, conseqüentemente, observar sua trajetória no Supremo Tribunal Federal para, depois, serem analisados alguns casos por ele julgados e que são considerados ativistas.

3.1.2 O ativismo judicial no Brasil

No Brasil, o ativismo judicial ganhou especial atenção com o advento da Constituição Federal de 1988, que proporcionou novas atribuições à atividade jurisdicional

¹⁰⁸ Como lembra Campos (2014, p. 85), essa onda conservadora que atingiu a Suprema Corte foi atacada por acadêmicos liberais, críticas dentre as quais se destacam as formuladas pelo professor de Harvard, Mark Tushnet: “Diante das ameaças às conquistas liberais da Era Warren, o professor de Harvard propôs emenda constitucional que retirasse das cortes o poder da *judicial review*, de modo que o direito constitucional saísse das mãos de advogados e juízes e ficasse apenas nas mãos do *people themselves*’. É a ideia do constitucionalismo popular”.

quando da resolução dos conflitos sociais.¹⁰⁹ Além disso, a Constituição brasileira atribuiu várias prerrogativas aos magistrados, impulsionando-o para uma atuação mais presente na sociedade e, por consequência, com maior repercussão midiática (TEIXEIRA, 2012, p. 40).

Como já fora ressaltado, houve uma transferência de poder das instâncias tipicamente políticas para juízes e tribunais, característica marcante do fenômeno denominado judicialização da política, resultando em um protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes constituídos. Nota-se, aqui, uma diferença essencial entre judicialização da política e ativismo judicial, não obstante a íntima relação que possuem ambos os conceitos: enquanto o primeiro fenômeno corresponde a uma consequência do modelo constitucional adotado no Brasil, o ativismo judicial relaciona-se com a atuação judicial; corresponde, portanto, a um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, e que normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, em razão do distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009, p. 05).

Com efeito, o ativismo judicial representa uma postura ativa do Judiciário em relação à interpretação e à aplicação do direito e da Constituição às demandas sociais, que se manifesta por meio de diferentes condutas, tais como: *i*) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; *ii*) 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; *iii*) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 05).

Percebe-se, por conseguinte, a estreita relação entre os fenômenos ora abordados. Em cenário de evidente protagonismo judicial, ante as demandas sociais que geram inegável judicialização da política¹¹⁰, juízes e tribunais – e aqui merece destaque o Supremo Tribunal Federal – assumem posturas que ultrapassam as tradicionalmente adotadas, com o escopo de promover a efetiva proteção aos direitos fundamentais e à concretização dos valores

¹⁰⁹ Como constata Werneck Vianna (2008, p. 03), “(...) a Carta de 1988 definiu este Poder como um lugar estratégico a fim de que os princípios e os direitos fundamentais nela previstos ganhassem condições de eficácia, impondo inclusive limites à expressão da vontade majoritária quando viesse desalinhada da vontade geral consubstanciada no seu texto”.

¹¹⁰ Além do que, como anota Teixeira (2012, p. 41), “Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade”.

constitucionais. Vale dizer, há o exercício de uma inegável função política pelo Poder Judiciário.

Por sua vez, em oposição ao ativismo, há o fenômeno da *autocontenção judicial* (“*self-restraint*”). O Poder Judiciário brasileiro, por suas características, é autocontido. Tradicionalmente, a autocontenção judicial pode ser atribuída ao modelo legalista criado com base no direito francês, sob o fundamento de conter os inúmeros abusos praticados pelos regimes absolutistas, com inspiração na célebre teoria de Montesquieu da separação dos poderes¹¹¹, e cuja desconfiança nos juízes (como já visto, oriundos da aristocracia) não lhe permitia conferir à magistratura maiores parcelas do poder político que lhe compete exercer.

Mediante a postura de autocontenção, os membros do Poder Judiciário adotam condutas com o objetivo de reduzir sua interferência nas ações dos demais Poderes, de modo que os juízes e tribunais: *i*) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; *ii*) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e *iii*) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 06). Já para Baum (1987, p. 18), a contenção judicial é simplesmente o evitar o ativismo.

Ao examinar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, convém estabelecer uma linha divisória cujo demarcador coincide com o advento da Constituição brasileira de 1988, diploma que representa importantíssimo marco no processo de redemocratização do país, caracterizado por forte compromisso em relação aos direitos e garantias fundamentais e com a democracia, assim como pelo respeito do ser humano, dotado de dignidade (ANEZ, PEREIRA, 2014, p. 111). A análise será feita, portanto, primeiro em relação ao período que antecede a promulgação da Constituição e, em seguida, a fase posterior ao seu advento.

Antes de 1988, o papel da jurisdição constitucional brasileira era bastante restrito, mas foi ganhando espaço gradativamente, inobstante os duros golpes sofridos nos períodos autoritários.

¹¹¹ “Para Montesquieu – autor da obra que idealizou a teoria da separação dos poderes recepcionada pelo Estado liberal –, o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de ‘direitos novos’. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o ‘poder de julgar’. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas ‘um texto exato da lei’. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o ‘poder de julgar’ era, de qualquer modo, um ‘poder nulo’ (*em quelque façon, nulle*)” (MARINONI, 2011, p. 27).

Nos primórdios do trajeto constitucional brasileiro, especificamente durante a vigência da Constituição do Império de 1824¹¹², não havia o controle judicial de constitucionalidade¹¹³, tal como ocorre no direito francês. Além disso, havia a figura do Poder Moderador, concentrando-se na pessoa do Imperador grande parcela de poder e isentando-o de qualquer responsabilidade.¹¹⁴

A partir do período da proclamação da República, o direito constitucional pátrio voltou-se para o constitucionalismo norte-americano, influência que permitiu a inclusão, no texto constitucional de 1891¹¹⁵, do controle difuso de constitucionalidade. Nessa época, destaca-se o papel do *habeas corpus* e sua importância na defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos, desde a atribuição de seu *status* constitucional pela Constituição de 1891 até a ampliação das hipóteses de utilização pela chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, quando “(...) o Supremo ampliou o uso da ação para além da finalidade histórica de restaurar a liberdade de ir e vir” (CAMPOS, 2014, p. 215), o que pode ser considerado notável exemplo de ativismo judicial. Esse uso progressista do *habeas corpus* perdurou até a reforma constitucional de 1926 que, “(...) por iniciativa do Presidente Arthur Bernardes, restringiu tal instituto à violação da liberdade de locomoção”, quando o remédio constitucional era “(...) utilizado para os mais diversos fins, como garantir a posse de parlamentares, a liberdade de imprensa e a liberdade de reunião” (MORO, 2004, p. 88).

Como ensina Campos (2014, p. 216), no Governo Provisório de Getúlio Vargas, o Supremo foi profundamente atacado em sua estrutura e independência pelo Poder Executivo, como quando, por meio do Decreto 19.398 de 1930, “(...) foram suspensas as garantias constitucionais e excluídas de apreciação judicial os atos praticados pelo Governo Federal,

¹¹² Acerca da Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, Bonavides (2000, p. 165-166) ressalta a existência simultânea de dois poderes constituintes, um deles, originário, advindo dos governados e que fora golpeado pelo segundo, o poder constituinte derivado do absolutismo, revelando a crise constituinte que assombra a história constitucional brasileira: “Em nenhum outro país da América Latina houve semelhante ato de poder. Ali as constituintes fundaram repúblicas; aqui, nesta parte do continente, a constituinte não pôde cumprir sua tarefa, dissolvida que foi pelo Golpe de Estado de 1823. Houve tão somente a metamorfose de uma monarquia absoluta em monarquia constitucional, abrangendo esta ao longo de sua trajetória o Primeiro Reinado, a Regência e o Segundo Reinado; três épocas políticas que marcaram o Império sob a égide da Constituição outorgada, a célebre Carta de 1824”.

¹¹³ “Durante a fase constitucional do Império inexistiu o controle de constitucionalidade. Em rigor, a Constituição era unicamente na essência a carta programática dos direitos da primeira geração e do princípio da divisão de poderes. Demais disso, a sua flexibilidade escusava grandemente a adoção daquele controle” (BONAVIDES, 2000, p. 166).

¹¹⁴ Nos termos do artigo 99 da Constituição de 1824, “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

¹¹⁵ Documento que tem nos bastidores Rui Barbosa como principal autor: “Das suas luzes e das suas idéias nasceu aquela Carta do Brasil republicano, federativo, presidencialista, arredado da tradição européia e acercado ao influxo norte-americano, em cuja órbita gira até hoje sob a égide de um presidencialismo constitucional” (BONAVIDES, 2000, p. 169).

sendo mantido o *habeas corpus* apenas em favor de réus ou acusados em processos de crimes comuns”, experimentando intensas restrições em sua independência, eis que predominantemente composto por ministros nomeados pelo governo autoritário, e resultou no fato de que o STF acabou se tornando instrumento legitimador do regime autoritário (CAMPOS, 2014, p. 227).

Em momento de breve avanço, a Constituição de 1934 (em seu artigo 94, IV) atribuiu ao Senado a competência de suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, pelo qual foi introduzida “(...) a eficácia *erga omnes* das decisões a ser obtida mediante dialogo da Corte com o Senado”, além de outros temas importantes, como representação interventiva¹¹⁶ e o mandado de segurança (CAMPOS, 2014, p. 216). Todavia, ante sua curta vigência, foi logo sucedida pela Constituição de 1937, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas no período em que se instaurou no Brasil o regime de exceção conhecido como Estado Novo e que, conforme ensina Campos (2014, p. 218-219), além de ter retirado o *status* constitucional do mandado de segurança, representou grave retrocesso no tocante ao controle de constitucionalidade:

[...] a *Carta Polaca* sujeitou as decisões de inconstitucionalidade a valorações posteriores do Presidente da República que, se entendesse a lei declarada inconstitucional ‘necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta’ poderia ‘submetê-la novamente ao exame do Parlamento’ e, se este confirmasse a lei ‘por dois terços dos votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal’ (artigo 96, parágrafo único).

Com o fim do Estado Novo e a queda de Getúlio Vargas, bem como a partir da reinstalação da democracia iniciada em 1945 “(...) e o fim da hipertrofia do Executivo, o Supremo viveu período de renovação de importância, exercendo mais expansivamente o poder de controle de constitucionalidade, principalmente, das constituições e das leis estaduais” (CAMPOS, 2014, p. 227). Porém, pouco tempo depois, sobreveio o Golpe Civil-Militar de 1964, com o reinício da hipertrofia executiva e o achatamento do valor político-institucional dos demais poderes, além da negação das liberdades civis e dos valores democráticos (CAMPOS, 2014, p. 228).

A despeito do enfraquecimento do Poder Judiciário percebido nos períodos ditatoriais, essa tendência também foi constatada por Santos (2011, p. 22) ao se referir aos

¹¹⁶ “A representação interventiva é tida como o ‘embrião da ação direta de constitucionalidade no Brasil’” (CAMPOS, 2014, p. 216).

períodos tomados por regimes autoritários na maior parte dos países da América Latina, porque “Nos anos de 1970 e 1980, os regimes autoritários, por sua vez, não estavam interessados em fortalecer a instituição judicial ao ponto de ela poder interferir com as suas práticas repressivas”.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também foi alvo de críticas a respeito dessa passividade acrítica e apolítica, em especial nos momentos mais graves de nossa história, sem deixar de atentar para o fato de que, ao optar pela passividade, inegavelmente favoreceu o Regime e as injustiças que aconteciam:

Em diversos momentos históricos críticos, em lugar de adotar uma posição enérgica, o Supremo Tribunal Federal preferiu tangenciar comodamente a questão suscitada, sob o argumento de que se tratava de ‘matéria política’, que escapava ao exame daquela Corte de Justiça, malgrado as memoráveis sustentações de Ruy, no sentido de que o ‘direito e a política um com o outro se confundem’. (SOARES, 1991, p. 458).

Nota-se, portanto, que a história da jurisdição constitucional brasileira é repleta de oscilações e resistências usualmente antiprogressistas, interessadas na manutenção do *status quo* e na perpetuação do poder, indiferente às desigualdades e à disseminada exclusão social. De maneira semelhante à trajetória da Suprema Corte norte-americana, as diversas influências políticas – ou seja, fatores externos a ela – refletem no perfil de atuação da mais alta Corte brasileira, assim como seu exercício jurisdicional – seja ativo, seja passivo – em muito influi no desenvolvimento da política nacional. Tal como seu poder de influência sobre os rumos da política, a capacidade de fatores externos influírem no perfil do órgão de cúpula do Judiciário pátrio não é fato exclusivo do passado, eis que também se conserva sob a vigência do novo diploma constitucional.¹¹⁷

A partir dessa breve passagem pelo trajeto constitucional do Brasil já se pode perceber a importância da Constituição de 1988 no tocante às evoluções sofridas pela sociedade, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais e da

¹¹⁷ Todavia, Campos (2014, p 264) ressalta: “Os últimos presidentes sequer utilizaram o instrumento da nomeação de ministros, como nos Estados Unidos, para avançar um Supremo aliado. Prova disso é a grande diversidade de personalidades e de ideologias na Corte”. Não obstante o fato de que, como constata Tavares Filho (2006, p. 03), existirem acusações de aparelhamento do Tribunal por parte do Executivo: “Durante seu mandato, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva já nomeou cinco Ministros para o Supremo Tribunal Federal: dois advogados (Carlos Ayres Britto e Eros Grau), um juiz egresso da magistratura estadual (Cezar Peluso), um desembargador estadual (Enrique Lewandowski) e um membro do Ministério Público Federal (Joaquim Barbosa). Com as aposentadorias dos Ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, sobe para sete o número de magistrados do mais alto tribunal do País a serem indicados por um único Presidente da República. Essa peculiaridade do governo Lula – cujas escolhas podem redefinir profundamente a orientação ideológica do STF – deu azo a acusações de “aparelhamento” e “partidarização” do Tribunal, colocando em questão o processo de seleção e nomeação dos Ministros do Supremo”.

promoção de justiça social, documento que foi considerado por Bonavides (2000, p. 174) *a melhor de todas as Constituições brasileiras*.¹¹⁸

Dentre os fatores que contribuíram para o reforço e elevação do papel institucional do Poder Judiciário a partir da Constituição de 88 e seu especial relevo no controle dos poderes políticos e na efetivação de direitos, Campos (2014, p. 210) destaca as transformações institucionais suportadas nesse período, como a ampliação do acesso à justiça (aqui, destacamos a atuação das Defensorias Públicas, que detém dentre suas atribuições a assistência jurídica aos necessitados), o fortalecimento institucional do Ministério Público (importante órgão encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis), o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos (como a ação civil pública e a ação popular), aliados à crescente conscientização e mobilização da sociedade acerca de seus direitos. No mesmo sentido, depois de ressaltar a ampliação, pela Constituição de 1988, das estratégias e instituições importantes para o acesso aos tribunais (como a mencionadas anteriormente), Santos (2011, p. 25) constata que “A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos”.

Infere-se, pois, que a estrutura institucional e legal derivada da nova Constituição favoreceu o protagonismo judiciário, notadamente no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal: “Toda a nova disciplina constitucional e infraconstitucional acerca da estrutura e do funcionamento do Supremo, ampliando o acesso à jurisdição concentrada e abstrata e os poderes de decisão, favoreceram a *judicialização da política e das grandes questões sociais* em seu âmbito de atuação” (CAMPOS, 2014, p. 240).

Ocorre que, nos primeiros anos depois da promulgação da Constituição cidadã, o STF não se manifestou de maneira ativista, tampouco progressista; ao contrário, a Corte manteve sua deferência aos demais poderes atuando de maneira passiva, nos moldes de seu comportamento anterior ao diploma constitucional. Como ressalta Campos (2014, p. 241), “As primeiras decisões do Supremo pós-1988, sem dúvida, deram a impressão de que a Corte manteria o recentíssimo passado de passividade judicial.” Era deferente ao Executivo no que

¹¹⁸ Nas palavras do autor: “A Constituição de 1988, ao revés do que dizem os seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais. Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço”.

respeita às questões políticas¹¹⁹, bem como aceitava passivamente determinadas restrições legislativas em sua atuação¹²⁰.

A explicação do passivismo inicial pós-1988 revelado pelo Supremo Tribunal Federal talvez encontre amparo na maneira em que sucedeu a transição do regime autoritário para o regime democrático, sem olvidar da importância das instituições nesses tipos de processos. O Brasil experimentou um processo lento e gradual de redemocratização, de modo que, nessa dinâmica continuísta de transição, as instituições, em especial o Supremo Tribunal Federal, mantiveram o comportamento que lhes era característico durante o regime militar, ou seja, “(...) assimilara uma cultura de passividade judicial, que se mantivera distante das importantes questões políticas e sociais e se esquivara do confronto com os outros poderes, principalmente para com o Executivo” (CAMPOS, 2014, p. 244-246). Isso sem mencionar sua composição: “(...) era composto unicamente por ministros nomeados pelos militares e vivia então uma relação estável e de elevado grau de cooperação e integração com o Executivo hipertrofiado” (CAMPOS, 2014, p. 246), o que certamente influenciou sobremaneira na qualidade e na orientação ideológica de seus julgados.

Todavia, diante do cenário propício, que envolve judicialização da política e atribuições institucionais oportunas ao Poder Judiciário, os juízes e tribunais ficaram cada vez mais encarregados de decidir sobre assuntos que englobam opções políticas; escolhas estas que caberiam, inicial e tipicamente, aos demais Poderes. A soma das condições (políticas, institucionais, sociais, jurídicas etc.) favoráveis convergiu, de maneira gradual, numa maior demanda do Poder Judiciário e, como consequência, no seu protagonismo.

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais (SANTOS, 2011, p. 25).

Da mesma forma, o Poder Judiciário como um todo passou por mudanças comportamentais e ideológicas, consistentes no abandono gradativo da tradicional situação de autorrestrrição e na avocação de um papel socialmente mais responsável, preocupado com a

¹¹⁹ “O Supremo também se mostrou restritivo na interpretação de alguns direitos fundamentais”, como no caso da limitação constitucional dos juros reais: “A maioria apertada da Corte entendeu pela não aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional, que dependeria de lei complementar regulatória de todo o Sistema Financeiro Nacional” (CAMPOS, 2014, p. 243).

¹²⁰ Ainda com apoio em Campos (2014, p. 243): “(...) o Supremo aceitou, também passivamente, restrições legais à concessão de liminares e tutelas antecipadas contra o Poder Público.”

concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Essa fase de intenso ativismo “(...) ganhou notoriedade mesmo com as sucessivas decisões que proferiu no século XXI em torno de dois campos distintos e igualmente impactantes: o da dinâmica dos processos políticos e eleitorais e o das grandes questões morais e sociais contemporâneas” (CAMPOS, 2014, p. 248). Dentre os casos de destaque, vale lembrar algumas ações jogadas pelo Supremo Tribunal Federal com fortes impactos sobre os rumos do Estado, como as ADIs 3.999 e 4.086, sobre a quem pertencem os mandatos parlamentares, da análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4578 sobre a constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”, assim como do julgamento da ADI 3510, que declarou constitucional artigo da Lei de Biossegurança que tratava sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, da ADPF 54, que tratou do aborto de fetos anencéfalos, dentre outras.

O Supremo, portanto, mostrou-se “(...) realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social” (CAMPOS, 2014, p. 252). Além disso, com fundamento na proteção do mínimo existencial, o STF vem reforçando seu compromisso com os ideais de justiça distributiva, bem como tem exigido do Estado prestações positivas no tocante a concretização de direitos sociais em favor de hipossuficientes, e a proteção de direitos de minorias¹²¹ (CAMPOS, 2014, p. 253).

Portanto, dentre os fatores que contribuíram para o avanço do ativismo judicial na jurisdição constitucional brasileira depois da Constituição da República de 1988, é possível mencionar: *i*) os novos desenhos institucionais, que fortaleceram a jurisdição, ampliaram o acesso à justiça e fortaleceram as decisões do STF; *ii*) a *constitucionalização abrangente e compromissória*, com amplo catálogo de direitos fundamentais repleto de princípios (conceitos amplos e indeterminados), capazes de gerar conflitos quando de sua interpretação; *iii*) ambiente político favorável, ante o respeito dos demais Poderes às decisões do Supremo, sem represálias; *iv*) a fragmentação *horizontal e partidária* do poder¹²², obstaculizando sua concentração e viabilizando um ambiente de *disputas e barganhas* com o objetivo de obter

¹²¹ Dada a importância do tema e sua afinidade com os propósitos da pesquisa em tela, o assunto será retomado em tópico seguinte.

¹²² “A difusão do poder político pode favorecer a ascensão institucional das Cortes em dois aspectos – (i) eleva as oportunidades de conflitos e, conseqüentemente, de judicialização de questões políticas relevantes; (ii) aumenta a independência das cortes para decidir sobre essas questões, haja vista a *inexistência de uma instância hegemônica de poder*” (CAMPOS, 2014, p. 265).

apoio político¹²³, o que acarreta no fato de o STF acabar por atuar como *fator de equilíbrio do poder* (CAMPOS, 2014, p. 258-267).

Com esse arranjo político competitivo, principalmente com o respeito do Executivo à sua independência, a Corte tem atuado com boa dose de liberdade para avançar o projeto constitucional contemporâneo de limitação do poder em favor dos direitos fundamentais. (CAMPOS, 2014, p. 267).

Diante dessa conjuntura, questões polêmicas, capazes de proporcionar graves custos políticos aos atores eleitos pelo voto popular fazem com que eles, com o intuito de evitá-las, transfiram a responsabilidade pelas opções – leiam-se, políticas – ao Poder Judiciário, cujos integrantes não são politicamente responsáveis (CAMBI, 2012, p. 86); da mesma forma, a possível reversão ou retrocesso em temas dessa qualidade, muitas vezes apoiados por grande parcela da opinião pública, representa considerável risco à sua futura elegibilidade:

Legislar questões moralmente hipercontroversas causam inevitáveis custos políticos e os órgãos de representação popular transferem esses custos de decisão para o Supremo. Porém, uma vez julgadas as questões, reverter decisões progressistas de direitos pode causar custos políticos ainda maiores. Omissão em um primeiro momento e respeito institucional ao Supremo no segundo acabam sendo as atitudes estratégicas mais convenientes. No final, a legitimidade social das decisões ativistas fala muito alto. Em avançar posições de direitos fundamentais cruciais e satisfazer a opinião pública, o ativismo judicial e também socialmente favorecido. (CAMPOS, 2014, p. 270).

O Supremo, num verdadeiro exercício de função política, atua tanto de maneira contramajoritária quando da proteção dos direitos e garantias fundamentais de minorias, como também garante a fruição do processo político majoritário, ao julgar temas sensíveis às instâncias tradicionais eleitas por intermédio do voto popular, garantindo o equilíbrio do poder¹²⁴.

¹²³ Num país que adota o sistema de governo presidencialista, cujo mandado do chefe do Poder Executivo independe do Poder Legislativo, a formação de uma base política que permita a sustentação do governo tem sido realizada por meio da prática de reciprocidade denominada *presidencialismo de coalizão*: “O Executivo domina o processo legislativo porque tem poder de agenda e esta agenda é processada e votada por um Poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com os princípios partidários. No interior deste quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares não encontram o arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando retornos eleitorais é votar disciplinadamente” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998, p. 85).

¹²⁴ Acerca da função – política – exercida pelo STF ao concretizar questões sensíveis e importantíssimas à sociedade como um todo (não sendo, portanto, contramajoritária), mas que se encontram paralisadas nas suas instâncias típicas, cabe destacar trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADI 4.650/DF (que aborda a constitucionalidade do financiamento empresarial das campanhas eleitorais): “Normalmente, as pessoas identificam o papel contramajoritário para dizer que, quando uma Corte Constitucional invalida uma lei, ou quando uma Corte Constitucional se sobrepõe a uma política pública do Executivo, ela está adotando uma

Assim, diante do cenário de ativismo judicial no Brasil, acima explorado, resta a tarefa de conceituá-lo de forma que seja possível o estudo e a classificação das decisões do Supremo Tribunal Federal de forma objetiva. Depois de breve exposição de alguns dos conceitos apontados pela doutrina, acompanhado de algumas das principais críticas ao fenômeno, será apresentado o conceito adotado nesta pesquisa, qual seja, a proposta conceitual *multidimensional* de ativismo judicial, desenvolvida por Campos (2014, p. 164).

3.1.3 Conceito de ativismo judicial

Foi asseverado que o fenômeno do ativismo judicial, cujas origens remontam aos Estados Unidos da América, está ligado à maneira com que juízes e tribunais atuam quando do exercício da atividade jurisdicional. Para Barroso (2009, p. 17), trata-se de um modo proativo pelo qual se interpreta a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, cuja finalidade consiste em contornar o processo político majoritário diante de sua inércia em concretizar determinados anseios da sociedade, e que normalmente se instala em situações de afastamento entre a classe política e a sociedade civil, em razão da retração legislativa que impede a tutela efetiva das demandas sociais.

O ativismo judicial representa, portanto, uma postura ativa do Judiciário em relação à interpretação e à aplicação do direito e da Constituição (que, como já visto, pode se manifestar por meio da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente por ela contempladas e independentemente de manifestação legislativa; da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos fundamentada em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas), em oposição à tradicional autocontenção, caracterizada pela atuação judicial com reduzida interferência nas ações dos demais Poderes (evitando, por exemplo, aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa sem o pronunciamento do legislador

postura contramajoritária, porque os seus membros, que não foram eleitos pelo voto popular, estão sobrepondo a sua vontade sobre a vontade de pessoas que foram escolhidas pelas maiorias políticas; e só podem fazer isso, legitimamente, em nome da Constituição. Essa competência é uma competência que se exerce com grande parcimônia, exatamente porque ela é contra a vontade da maioria.

Mas existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham - e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações - que, ao lado da função contramajoritária, é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro”.

ordinário; pela utilização de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e mediante a não intervenção na definição de políticas públicas), postura predominante no Brasil até o advento da Constituição de 1988 (BARROSO, 2009, p. 05-06).

Sob outra ótica, Ramos (2014, p. 129) também procura conceituar o ativismo judicial. Todavia, atribui ao fenômeno uma conotação negativa, expondo um conceito que, embora “(...) necessariamente amplo por não se atrelar a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos Poderes”, pode ser definido como o exercício da atividade jurisdicional “(...) para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer e atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. Trata-se de um conceito que sugere a incompatibilidade do ativismo judicial com a Constituição e com a democracia.

Ao analisar a proposta de Ramos, Koerner (2013, p. 72) constata que, para referido autor, o ativismo judicial seria contrário à Constituição e ao direito, pois que o Judiciário estaria extrapolando sua função típica “(...) com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado”. Isso porque, segundo Ramos (2014, p. 129), ao ultrapassar as funções tradicionalmente atribuídas ao Poder Judiciário, a atuação ativista, além de violar o princípio da separação dos Poderes, incorreria na “(...) desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”, o que consistiria num forte golpe no Poder Legislativo, especialmente, já que “(...) pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”.

No que diz respeito às críticas tecidas ao ativismo judicial, especialmente as relativas à sua potencial prejudicialidade à democracia, tendo em vista a imputação de falta de legitimidade dos membros do Poder Judiciário em concorrência com os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, batizados pelo voto popular, Machado (2012, p. 137) apresenta a questão que considera de maior gravidade: “(...) a relativização das opções políticas e sua subsunção à vontade de outros atores que não os democraticamente escolhidos para tanto, impondo-se ao Estado, e, por sua vez, à sociedade, uma escolha não discutida e concedida via liminar”. Nessa mesma linha de raciocínio, Teixeira (2012, p. 51) nos aponta outros aspectos negativos atribuídos ao ativismo judicial – não a todos, mas a determinados

casos –, quais sejam, a atuação do Judiciário como legislador positivo; a ofensa ao princípio da separação dos Poderes; a desconsideração por precedentes jurisprudenciais e a possibilidade de decisões judiciais viciadas por decisionismo político.

Não obstante seus aspectos positivos e negativos, é patente que a expressão, além de ser usada de muitas maneiras, conserva um elemento chave, que é uma disposição do Poder Judiciário de realizar mudanças significativas na política pública, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições (BAUM, 1987, p. 17), bem como revela uma postura associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins consagrados pela Constituição (BARROSO, 2009, p. 05).

A partir das concepções de ativismo acima abordadas, nota-se que se encontram carregadas de amplitude e subjetividade, o que dificulta a classificação das decisões em ativistas ou não, seja em razão de seu uso indiscriminado para qualificar condutas distintas, ou mesmo da generalidade com que é empregada, a depender, pois, de juízos de valor acerca de sua caracterização.

Diante da imprecisão encontrada nos conceitos de ativismo judicial, surge a necessidade de adoção de uma concepção que seja ao mesmo tempo metodologicamente concreta como também adequada ao contexto brasileiro.

Na busca por um conceito apropriado, pareceu oportuna a proposta apresentada por Campos (2014, p. 149) de um *conceito multidimensional* de ativismo judicial. De acordo com o autor, “Conquanto muitas críticas ao ativismo judicial mereçam ser levadas a sério, a verdade é que a maior parte é elaborada sem a definição prévia do termo”, além do que, apesar da importância e pertinências das críticas ao ativismo judicial, “(...) raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação” (CAMPOS, 2014, p. 149-150).

Depois de analisar casos de ativismo judicial no direito comparado¹²⁵, Campos (2014, p. 164) propõe o *conceito multidimensional* do ativismo judicial, a partir de lições obtidas do exame dessas diferentes situações e cujas constatações se aproximam das conclusões até então desenvolvidas.

A primeira lição apresentada pelo autor remete ao denominado *núcleo comportamental do ativismo judicial*, ou seja, a constatação do comportamento comum às decisões consideradas ativistas: “O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão

¹²⁵ Além de seu país de origem (EUA), foram investigadas pelo autor, por exemplo, “(...) cortes constitucionais cujo ativismo judicial exerce alguma influência à jurisprudência do Supremo (...)”, como é o caso da Itália e Alemanha, além das Cortes de alguns “(...) países de proximidade geográfica e histórico-social com o Brasil e cujo ativismo judicial está envolvido em transformações políticas, institucionais e jurídico-culturais similares no tempo e em conteúdo ao contexto brasileiro”, como é o caso da Colômbia e Costa Rica (CAMPOS, 2014, p. 99).

de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida” (CAMPOS, 2014, p. 152).

Na sequência, delimita o *espaço temático* de desenvolvimento do ativismo judicial, que varia de acordo com as características constitucionais de cada país, podendo se manifestar tanto nas decisões mais rotineiras como nas mais determinantes de uma sociedade.¹²⁶ Todavia, ressalta que o *espaço nobre do ativismo judicial*¹²⁷ – os denominados *hard cases* (casos difíceis) – corresponde ao âmbito de maior desenvolvimento do debate sobre o tema.

Também constata que, diante do cenário de extensa judicialização e expansão de seu poder sobre os demais Poderes, as Cortes passam a representar importantes *atores políticos*, não obstante suas singularidades que as distinguem das instâncias administrativa e legislativa, participando na formação da vontade política predominante e na decisão de importantíssimas questões morais e políticas, o que não significa que sejam órgãos puramente políticos; ao contrário, em vez de decidirem livremente de acordo com as conveniências e conjunturas, como fazem as estruturas tipicamente políticas, as cortes estão vinculadas a preceitos legais e judiciais, sem perder de vista a necessidade de constante equilíbrio entre as funções judicial e política e os princípios que norteiam o Estado de Direito (CAMPOS, 2014, p. 153-155).

Em seguida, ressalta que, em que pesem os entendimentos contrários, “(...) discutir o ativismo ou a autocontenção judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, pois isso é contingente, e sim o quanto de autoridade constitucional e epistêmica a corte tinha para tomar essa decisão” (CAMPOS, 2014, p. 156). Diante disso, constata que

Decisões judiciais que extrapolam o sentido possível das normas constitucionais são ativistas e também erradas porque contrariam o texto constitucional. No entanto, decisões criativas que estendam os significados constitucionais para interferir nas escolhas prévias do legislador, sem que isso importe decidir contra o texto constitucional, pode ser decisões corretas em seu mérito, mas, ainda assim, serão igualmente ativistas e dependendo do grau de ativismo podem vir a ser ‘condenadas’ como ilegítimas (CAMPOS, 2014, p. 157).

¹²⁶ “Isso é assim particularmente em países que adotam constituições abrangentes, que disciplinam quase toda a vida política e social de seu país – a constituição é *ubíqua* e, desse modo, tanto as *grandes questões* como os *pequenos conflitos* são problemas constitucionais, que acabam judicializados e decididos pelas cortes” (CAMPOS, 2014, p. 152).

¹²⁷ “Este espaço especial do ativismo judicial é o das importantes questões constitucionais, aquelas que interferem marcadamente nos processos político-democráticos, que se ocupam de tormentosos conflitos de valores morais e políticos, alguns mesmo divisores de águas que, de tão relevantes, ‘determinam a natureza de uma sociedade e a qualidade de uma civilização’. Esses são os conflitos, principalmente envolvendo direitos fundamentais e limites de autoridade do governo, que mobilizam os poderes políticos e a sociedade em torno da solução a ser dada pela corte” (CAMPOS, 2014, p. 153).

Chega, portanto, à questão da legitimidade das decisões tachadas como ativistas, de sorte que conclui pela não equivalência entre ativismo e ilegitimidade. Assevera que, a princípio, o ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade das decisões judiciais:

A verdade é que, nenhum juiz pode ser sempre ativista, assim como não pode ser sempre autorrestritivo. De modo que, se um determinado juiz for sempre uma coisa ou outra, em algum momento, atuará de forma ilegítima e isso será assim por que, em determinadas ocasiões, o legítimo é ser ativista, em outras vezes, é ser autorrestritivo e, **na maior parte das vezes, nem uma coisa nem outra** (CAMPOS, 2014, p. 159).

Da mesma forma, extrai a lição que reflete na predominância qualitativa do ativismo judicial, e não quantitativa, eis que “Diante da relevância, da complexidade hermenêutica e da alta sensibilidade das decisões cruciais que compõem o principal quadro de decisões ativistas, o tema deve ser visto sob o ângulo predominantemente qualitativo”, não sendo possível “(...) uma ‘medida’ segura de ativismo judicial apenas por critérios quantitativos como a frequência com que as cortes julgam inconstitucionais os atos normativos” (CAMPOS, 2014, p. 160).

Antes de chegar à multidimensionalidade do ativismo judicial, Campos (2014, p. 161-162) infere que a identificação do fenômeno não dispensa a análise do contexto particular em que ele se desenvolve, devendo ser observadas tanto as características da localidade como também da época em que sucede, assim como os atributos constitucionais, institucionais, culturais e políticos locais.

Com isso, conclui que, ante a complexidade do ativismo judicial, as decisões ativistas se apresentam em diferentes dimensões, e não apenas de uma única forma, “(...) o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação” (CAMPOS, 2014, p. 163).

As lições acima expostas devem ser condensadas para a fixação de cinco diretrizes que servirão para a construção do conceito de ativismo judicial – a primeira diz que o ativismo judicial é uma questão de *postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões*, e não de correção de mérito; a segunda, que o ativismo judicial *não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo*; a terceira aponta o *caráter dinâmico e contextual* da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta diretriz afirma a *pluralidade das variáveis* contextuais que limitam, favorecem, moldam o ativismo judicial; e a última é aquela que explica o ativismo judicial como *estrutura adjudicatória multidimensional*.

A partir dessas diretrizes, Campos (2014, p. 164) define o ativismo judicial como sendo

[...] o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais. (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.*

As dimensões do ativismo judicial identificadas pelo autor, genericamente, são as seguintes: *i) a interpretação ampliativa das normas constitucionais e aplicação direta de princípios sem o intermédio do legislador ordinário; ii) competências legiferantes inicialmente reservadas aos outros Poderes; iii) falta de deferência à autoridade política, legal e empírica dos outros poderes e instituições; iv) a concretização de direitos fundamentais; v) controle e estabelecimento de políticas públicas; vi) autoexpansão de sua jurisdição e de seus poderes decisórios; vii) superação de precedentes; viii) maximalismo¹²⁸; ix) adoção de posição político partidárias por juízes¹²⁹; x) afirmações de soberania judicial, excluindo os demais poderes do processo de construção dos significados constitucionais (CAMPOS, 2014, p. 165-173).*

Especificamente em relação ao ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, Campos (2014, p. 275), antes de esmiuçá-las, assim as sintetiza:

(I) Dimensão metodológica: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativa inconstitucionais; decisões maximalistas.

(II) Dimensão processual: autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e duas decisões.

(III) Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos.

(IV) Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas.

¹²⁸ Decisões são *maximalistas* “(...) no sentido de superar as questões teóricas e principiológicas do caso julgado para estabelecer amplas regras e princípios que dirimirão os resultados de outros casos também” (CAMPOS, 2014, p. 172).

¹²⁹ Exemplo de ativismo judicial manifestamente ilegítimo.

(V) Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo.

Desta forma, esboçados os contornos objetivos por meio dos quais se torna possível a identificação da qualidade de ativista de determinada decisão, cabe a análise de alguns casos de ativismo judicial na jurisdição constitucional brasileira, tal como proposto no início do capítulo para, na sequência, abordar os temas do acesso à justiça e da proteção jurisdicional às minorais, bem como levantar e discutir sobre críticas dirigidas à expansão da jurisdição constitucional e ao ativismo judicial.

3.2 Ativismo judicial na jurisdição constitucional: alguns casos brasileiros

A postura da autocontenção, antes do cenário proporcionado pela Constituição da República de 1988, era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. No entanto, nos últimos anos, tal panorama foi modificado, de modo que determinadas atuações judiciais têm sido classificadas como ativistas. Essa postura adotada pelos juízes e pela Suprema Corte brasileira geralmente se desenvolve diante do evidente cenário de judicialização da política, seja em razão da retração dos demais Poderes na concretização dos direitos constitucionais ou mesmo diante da conveniência em transferir os custos políticos relativos a assuntos sensíveis ao órgão de Poder imune ao sufrágio popular, o que tem garantido ao Poder Judiciário inédita condição de protagonismo. Nesse sentido, podem ser mencionados, por exemplo, o julgamento do Mandado de Injunção 708/DF, que tratou sobre o direito de greve dos servidores públicos, das ADINs 3.999 e 4.086, sobre a quem pertencem os mandatos parlamentares, além dos diversos casos relativos à concretização do direito social fundamental à saúde, como no caso de fornecimento de remédios pelo Judiciário (por exemplo, o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE) (NUNES, 2011, p. 71), da ADC 12-MC e do RE 578.951, que culminaram com a edição da Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo, além da ADI 4277 e da ADPF 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

No tópico a seguir, tendo em mente as limitações do presente estudo, serão comentados três julgamentos do Supremo Tribunal Federal, que podem ser considerados ativistas, selecionados de acordo com os seguintes critérios: um caso relativo à proteção dos direitos de minorias (reconhecimento de união homoafetiva), um caso referente à concretização de direitos sociais (custeio, pelo Estado, de atendimentos na rede particular de

saúde quando da inexistência de vagas na rede pública) e um caso relativo a direito social decidido em Mandado de Injunção¹³⁰ (direito de greve dos servidores públicos).

Justifica-se a escolha de julgamentos envolvendo tais temáticas por razões de afinidade com a linha de pesquisa selecionada, qual seja, a função política do direito, assim como em razão da conformação com sua área de concentração, que envolve os temas da justiça e exclusão. Todos os documentos comentados, assim como os trechos deles extraídos, foram retirados do sítio do Supremo Tribunal Federal na internet¹³¹, e lá podem ser consultados.

3.2.1 União homoafetiva

Quando do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizada pelo governador do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal abarcou num tema extremamente sensível à sociedade como um todo e que carrega uma gama de concepções que variam da total simpatia ao seu completo repúdio: o reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se de tema que engloba os mais diversos pontos de vista, atingindo parcelas significativas da sociedade nas duas extremidades opinativas, o que revela o alto custo político de sua abordagem pelas instâncias ordinárias, fato que certamente foi responsável pela omissão ou incapacidade legislativa em atender tais demandas de parcela (ainda que minoritária) da sociedade. E, diante da inércia legislativa em regulamentar o assunto, coube ao Poder Judiciário – *judicialização* – posicionar-se a respeito do assunto, em exercício de inegável função política e, neste caso, contramajoritária.

A ação fundou-se, basicamente, nos seguintes argumentos favoráveis à equiparação das uniões (estáveis) hétero e homoafetivas, conforme trecho extraído de seu Relatório:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

¹³⁰ Especialmente no tocante a esse instituto, cumpre ressaltar a recente aprovação pela Câmara dos Deputados do Projeto de Lei (PL) 6.128/09, que regulamenta o processo e julgamento Mandado de Injunção, incluindo sua espécie coletiva.

¹³¹ Cujo *link* é o seguinte: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.

Com base nos princípios supracitados, o Supremo, por intermédio do instituto da interpretação conforme à Constituição¹³², reconheceu e conferiu amparo constitucional às uniões homoafetivas, garantindo a proteção jurídica de que era carente, interpretando os artigos 19, II e V, e 33, do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro), bem como o artigo 1.723¹³³ do Código Civil brasileiro, de acordo com a Constituição brasileira de 1988 a fim de abrigar tais modalidades de família.

No caso em debate, percebe-se viabilizado e concretizado o ativismo judicial, pois, como constata Santos (2011, p. 27), a decisão do Supremo, tal qual tantas outras ligadas à concretização de direitos fundamentais, traz em seu bojo a consagração de normas e princípios constitucionais, dotados de alta carga de abstração, e cujas deliberações muitas vezes vão além do que está estabelecido na legislação ordinária, chegando até mesmo a contrariar dispositivos infraconstitucionais:

No caso brasileiro, um bom exemplo dessa intervenção judicial está na proteção jurídica alcançada por casais homoafetivos. Neste caso, aplicando o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos casais homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses (SANTOS, 2011, p. 27).

Não obstante a decisão que reconheceu juridicamente a união entre pessoas do mesmo sexo não se tratar de novidade na jurisprudência brasileira, pois que outros tribunais já

¹³² A técnica de controle de constitucionalidade denominada *interpretação conforme à Constituição*, como ensina Marinoni (2011, p. 61-62), “(...) é oportuna no caso em que a lei, ao ser aplicada segundo as suas várias, mas não todas, possibilidades significativas, conduz a um juízo de nulidade”, e seus efeitos, consoante o disposto no parágrafo único do artigo 28, da Lei 9.868/99, são *erga omnes* e vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em todos seus âmbitos, sendo que tais órgãos ficam “(...) impedidos de realizar outra interpretação que não aquela que foi declarada como a única constitucional pelo Supremo Tribunal Federal”.

¹³³ Cujo texto preceitua: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

havam decidido em sentido parecido¹³⁴, seus desdobramentos foram de notável importância, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos de minorias em face da opinião da maioria, um dos componentes do conceito contemporâneo de democracia, como já visto anteriormente, pois, “(...) *garantindo esses direitos às minorias, garante-se o direito de todos, porque os direitos fundamentais são constitutivos da democracia*” (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 68). Além disso, vale lembrar, correspondeu a uma atuação contramajoritária da jurisdição constitucional brasileira na defesa dos direitos fundamentais de um grupo social.

Em breve comentário sobre os principais fundamentos da ação e da decisão, não há como não mencionar o princípio da igualdade, insculpido logo no *caput* do artigo 5º da Constituição, o qual prevê que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, interpretado simultaneamente com o inciso IV do art. 3º, também da Constituição, que dispõe ser um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, incluindo de sexo. Ou seja, como bem destacou o Ministro Relator Carlos Ayres Britto nos autos da ação ora comentada, “(...) o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”.

O reconhecimento, pelo direito, da união de pessoas do mesmo sexo, torna-se necessário também em harmonia com a ideia de pluralismo e respeito ao próximo (fraternidade), de modo que, como bem ressaltado pelo Ministro Relator em seu voto, é o “(...) pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários”.

Da mesma forma, em respeito à liberdade, intimidade e privacidade dos indivíduos, o Relator consignou que o uso da sexualidade humana não foi condicionado pela Constituição, recaindo no campo da autonomia da vontade e constituindo-se em direito subjetivo, alinhado às liberdades individuais clássicas às quais tanto o Estado como a sociedade tem o dever de respeitar.

¹³⁴ Como lembram Bahia e Vecchiatti (2013, p. 67): “Dessa forma, quanto à ADPF n. 132/ADI n. 4.277, o STF não inovou ao decidir favoravelmente ao reconhecimento de uniões homoafetivas. Isso era algo já reconhecido em alguns Tribunais já há mais de 10 anos, ou seja, o reconhecimento de direitos previdenciários e de inclusão em planos de saúde de casais homoafetivos já não era algo desconhecido dos Tribunais. Contudo, o reconhecimento da união estável homoafetiva por analogia ao disposto no Código Civil dividia opiniões; apesar de haver várias decisões favoráveis (principalmente no TJRS), em outros Tribunais havia um bom número de decisões em contrário. O fundamento que esses Tribunais ainda possuíam para não reconhecer a união homoafetiva como “união estável” (sem restrições de direitos) não estava na Constituição (nem em outras normas)”.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux apontou importante dado retirado do Censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), realizado no ano de 2010, e que constatou que “(...) atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país”. Portanto, não há como negar que a união de casais compostos por pessoas do mesmo sexo merece ser reconhecida e normatizada pelo Direito, em preenchimento dessa lacuna normativa capaz de provocar graves efeitos aos indivíduos enquadrados nessa situação. Até porque, como ressaltou a Ministra Carmen Lúcia, *o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito*.

Assim, resulta razoável e proporcional a interpretação conforme à Constituição dos dispositivos legais questionados, a fim de reconhecer e conferir segurança jurídica (certeza e previsibilidade) às relações homoafetivas, pois, nas palavras do Min. Luiz Fux, *as relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo*.

Como visto anteriormente, o direito é responsável pela promoção da integração dos diversos poderes atuantes na sociedade, e um de seus objetivos é justamente proporcionar segurança e estabilidade sociais no mais alto grau possível, além de solucionar os conflitos que sobrevierem. A jurisdição, na qualidade de função básica do Estado, deve voltar-se à concretização dos direitos fundamentais, tal qual o Estado como um todo, sob pena de ter comprometida a própria razão de ser do Estado. No caso em discussão, o Estado-juiz agiu na proteção de direitos fundamentais de uma minoria, na qualidade de verdadeiro agente transformador da realidade, em respeito aos ditames basilares do Estado Democrático de Direito. Tudo isso, em consonância com o respeito à dignidade de pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Ciente da omissão de inúmeros fundamentos importantíssimos abordados pelos Ministros quando de seus votos, porém, restrito pelas circunstâncias do presente estudo, acredita-se ter esboçado alguns pontos cruciais da decisão, de modo a viabilizar a constatação da ocorrência de ativismo judicial. Destarte, de acordo com o critério conceitual escolhido, vislumbra-se a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial sob sua dimensão metodológica (ou interpretativa), assim entendida a dimensão referente “(...) ao modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos” (CAMPOS, 2014, p. 276).

Ainda de acordo com Campos (2014, p. 277), essa dimensão metodológica pode ser sistematizada em *quatro principais comportamentos decisórios*: *i*) interpretação e aplicação das normas constitucionais; *ii*) interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial; *iii*) controle da omissão legislativa inconstitucional; *iv*) decisões maximalistas.

No que diz respeito ao julgamento ora comentado, Campos (2014, p. 285) enquadra a decisão no subitem *interpretação e aplicação das normas constitucionais*, destacando o desenvolvimento do ativismo judicial na direção das grandes transformações sociais contemporâneas, pela promoção da evolução do sentido normativo constitucional, sem dúvida em uma área do *espaço nobre* do ativismo judicial. Segundo o autor:

O “caso da união homoafetiva” é o melhor exemplo desse desenvolvimento. Estava em jogo a equiparação de direitos entre as uniões estáveis hetero e homossexuais. Apesar de toda a complexidade moral e social da questão, devem ser reconhecidas a “progressiva abertura da sociedade” e a evolução institucional em favor dos direitos dos casais homoafetivos. Mesmo que ainda haja setores religiosos e associativos, condizentes com suas doutrinas particulares, opondo-se fortemente a essas uniões e ao reconhecimento de direitos correspondentes e até manifestações isoladas de violência gratuita, é de toda evidência que em geral o tema não é mais o tabu de outrora. No campo da homossexualidade, a intolerância e o escárnio têm progressivamente dado espaço à tolerância e ao respeito. Pode-se falar em aceitação social progressiva.

A importância da decisão para os grupos minoritários, no caso, os casais homoafetivos, reflete na importância do ativismo judicial responsável. Não sendo o ativismo, na sua essência, positivo ou negativo, legítimo ou ilegítimo, foi possível notar que, nesse caso, houve uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal legítima e positiva, em consonância com o respeito e promoção dos direitos fundamentais e em respeito aos princípios democráticos.

3.2.2 *Direito à saúde*

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário com agravo (ARE) 727864, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR), entendeu legítima a atuação do Poder Judiciário em garantir a concretização do direito à saúde, insculpido na Constituição e dotado de caráter fundamental. O caso iniciou-se com a propositura de Ação Civil Pública (ACP) pelo Ministério Público do Estado do Paraná a fim de obrigar o Estado a arcar com despesas referentes a serviços prestados por hospitais particulares a pacientes beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS), quando

atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), no caso de inexistência de vagas na rede pública.

De acordo com a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, citando precedentes da Corte, o Supremo reforçou a obrigação do Estado de proporcionar aos cidadãos o pleno exercício do direito à saúde.

Nos termos da decisão, a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional. A determinação, que diz respeito ao município de Cascavel e cerca de setenta municípios vizinhos, representa importante passo na consolidação do entendimento sobre a responsabilidade do Estado de concretizar os direitos fundamentais previstos pela Constituição, seja pelas instâncias governamentais tipicamente políticas ou, quando da omissão injustificável, pelo próprio Poder Judiciário, no exercício de evidente função política.

Dentre os principais pontos abordados nesta importante decisão da Corte Suprema brasileira, notadamente em matéria de direitos fundamentais e sua implementação, destacam-se a legitimidade do Ministério Público (MP) em pleitear judicialmente a execução de políticas públicas, a questão da omissão inconstitucional e sua relação com o princípio da separação dos poderes, a cláusula da reserva do possível *versus* o mínimo existencial, e a proibição do retrocesso.

Num primeiro momento, foi ressaltada a legitimidade ativa da atuação do Ministério Público em pleitear judicialmente, por intermédio de Ação Civil Pública, a execução de políticas públicas em matéria de saúde. Conforme registrado na decisão, diante da essencialidade do direito à saúde, a Constituição atribuiu a ele a condição de prestação de relevância pública¹³⁵, consubstanciado pelo princípio, dentre outros, do atendimento integral¹³⁶. Diante disso, o MP, na qualidade de defensor da ordem jurídica e do regime democrático, tem como uma de suas funções o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia¹³⁷. Portanto, ficou registrado

¹³⁵ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde (...).

¹³⁶ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

¹³⁷ Art. 129, II, CR.

se tratar de legítima sua intervenção, e, conseqüentemente, do Poder Judiciário, nas hipóteses de omissão intolerável dos órgãos estatais primordialmente responsáveis por assegurar e conferir efetividade aos mandamentos constitucionais, em especial ao direito fundamental ora abordado. Não obstante, também convém lembrar que cabe ao MP a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹³⁸, bem como faz parte de suas funções institucionais a promoção da ACP para a proteção dos interesses difusos e coletivos.¹³⁹ Sendo assim, consoante a decisão em análise, é legítima a atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesses metaindividuais, com o objetivo de fazer com que os Poderes Públicos respeitem, em favor da coletividade, os serviços de relevância pública, dispondo o MP das medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias.

A questão central decidida pelo STF gira em torno da possibilidade de o Poder Judiciário determinar, a partir de uma decisão proferida no bojo de uma ação judicial (judicialização), a adoção de políticas públicas ante a injusta e injustificada omissão das instâncias políticas responsáveis por seu adimplemento, sem que isso incorra em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Como já discorrido anteriormente, trata-se do tema da judicialização da política, que ocorre quando decisões emanadas do Poder Judiciário são capazes de interferir de maneira considerável nas atribuições dos demais poderes. Como ressaltado pelo STF, trata-se de inegável dimensão política da jurisdição constitucional, devidamente exercida quando da salvaguarda de direitos – fundamentais – constitucionalmente previstos. Tais medidas normalmente são destinadas a concretizar o acesso e satisfação de direitos fundamentais constitucionalmente colocados à disposição da coletividade, mas que, por omissões – muitas vezes abusivas –, tais deveres jurídico-constitucionais não são devidamente executados. Como ressaltado na decisão em debate, mediante remissão à jurisprudência da Corte¹⁴⁰, inclusive, o Supremo Tribunal Federal não pode se eximir do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente quando se tratar de casos de inércia do Poder Público. Trata-se da atuação jurisdicional em casos de inconstitucionalidade por omissão, situação que ocorre quando, mediante inércia, o Poder Público desrespeita a Constituição, ofende direitos por ela resguardados e também impede, por ausência de medidas voltadas à sua concretização, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios constitucionais.

¹³⁸ Art. 127, *caput*, CR.

¹³⁹ Art. 129, III, CR.

¹⁴⁰ Por exemplo, RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

É cediço que não cabe ao Poder Judiciário, em consonância com suas funções típicas, a formulação e implementação de políticas públicas, sendo de responsabilidade dos outros Poderes da República – Executivo e Legislativo – o exercício de tal mister. Porém, não há como olvidar do dever político-constitucional do Estado em garantir, a todos, a proteção à saúde. Logo, o Judiciário, como órgão do Poder estatal, vinculado – tal como ocorre com os demais – aos ditames constitucionais, não podem deixar de observar seu compromisso de realizar os direitos fundamentais. Trata-se de um comportamento ativo necessário ao cumprimento da Constituição, então violada, ainda que por omissão, pelo próprio Estado, na figura do Estado administrador ou legislador. Como ressaltado pelo STF, na decisão ora comentada, é extremamente perigoso e flagrantemente ilegítimo a elaboração de uma Constituição sem o seu devido cumprimento, ou, ainda, seu cumprimento dirigido às conveniências governamentais – ou mesmo pessoais – de determinados governantes. Tudo isso, em detrimento de interesses comuns a todos os cidadãos, sobre temas importantíssimos relacionados à sua vida e dignidade. Há o risco de se criar um processo de desvalorização funcional da Constituição escrita. A atuação judicial – excepcional e justificada – na realização da Constituição, portanto, não pode ser considerada ilegítima, mas sim a omissão e injusta desconsideração da norma fundamental do Estado.

Outro tema abordado, que será brevemente comentado, foi o conflito entre a garantia do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível. O mínimo existencial, de forma concisa, pode ser conceituado como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a todas as pessoas uma vida digna, ou seja, uma vida dotada das condições mínimas para que o indivíduo goze de padrões básicos que provenham suas necessidades essenciais, tais como saúde, educação, moradia, alimentação, higiene etc. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 08).¹⁴¹

Por sua vez, tem-se que a cláusula da reserva do possível corresponde à dependência, quando da efetividade dos direitos sociais a prestações materiais, da observância das capacidades financeiras do Estado, uma vez que os direitos fundamentais tem por característica serem dependentes de prestações de caráter financeiro custeadas pelo Poder Público, tendo em mente que tais recursos são finitos e limitados (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 11).

¹⁴¹ Apesar de os institutos não se confundirem, o salário mínimo, previsto no artigo 7º da Constituição brasileira, procura assegurar aos trabalhadores uma quantia mínima a título de salário, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Porém, restou esclarecido pelo STF no julgamento do caso em discussão que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Isso ressalta a prudência na análise da real e justificada utilização deste instituto, eis que, muitas vezes, nota-se o recurso a ele como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 13).

Por fim, mas de notável importância, a Corte pautou sua decisão no importante princípio da vedação ao retrocesso. Nos termos do julgado, em matéria de direitos fundamentais, especialmente os de caráter social, o princípio da proibição do retrocesso impede que sejam revogadas as conquistas já alcançadas pelo cidadão.

A nenhum dos Poderes é autorizado, pois, de maneira arbitrária, mesmo que indiretamente, restringir ou suprimir direito fundamental inserto no sistema jurídico. Embora não presente de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio decorre do nosso sistema jurídico-constitucional (BREGA FILHO; PINTO, 2014, p. 13). Trata-se de importante conquista civilizatória, que objetiva impedir quaisquer planos políticos que atinjam de maneira negativa os direitos fundamentais, seja suprimindo-os, seja abreviando seu conteúdo e abrangência. Por suas características, funciona também como meio de mensuração para o controle de constitucionalidade em abstrato (BREGA FILHO; PINTO, 2014, p. 14).

Diante disso, aludido princípio tem o condão de evitar que majorias atentem contra os direitos de minorias (BREGA FILHO; PINTO, 2014, p. 14), promovendo uma justiça social solidária. Em particular, no caso do direito à saúde, trata-se do reconhecimento da obrigação dos entes federados em concretizar tal direito a todos, independentemente de sua condição social, financeira ou de qualquer outra natureza. Portanto, não há como deixar de notar que aludido princípio revela-se essencial em relação aos indivíduos mais carentes.

Em que pesem os entendimentos acerca de sua flexibilização, aduzindo que a limitação por ele imposta não se presume absoluta, pois algumas vezes a manutenção dos direitos sociais se mostra inviável (BREGA FILHO; PINTO, 2014, p. 16), tem-se que a permissão de retrocesso deve ter um caráter transitório e excepcional, e de maneira alguma poderá colocar em risco o mínimo existencial, ou seja, aquelas prestações mínimas indispensáveis a uma existência digna (BREGA FILHO; PINTO, 2014, p. 17).

Em observância ao critério adotado para conceituar o ativismo judicial, é possível enquadrar a decisão em debate na sua *dimensão de direitos*, pois que o Supremo, “(...)

expandindo os sentidos normativos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade, solidariedade, exigiu do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais” (CAMPOS, 2014, p. 322), julgamento que se enquadra na vertente *positiva* ou *prestacional* desta dimensão¹⁴², mais especificamente no que diz respeito à exigência judicial do dever de prestações positivas por parte do Estado (*direitos fundamentais de prestação*¹⁴³). Assim, é de notável relevo a decisão da Suprema Corte brasileira, ao promover medida necessária à realização do direito social à saúde em benefício dos indivíduos amparados pelo Sistema Único de Saúde – que, como se sabe, é utilizado predominantemente por pessoas carentes de recursos, em contrapartida à rede privada – evitando-se que, por omissões infundadas e injustas, caracterize-se evidente violação de direitos fundamentais e retrocesso social.

3.2.3 Mandado de Injunção

Ao discorrer sobre o Mandado de Injunção, optou-se por subdividir o tópico em duas partes, depois de apresentado o tema: na primeira, será exposto, como feito nos itens anteriores, um caso de ativismo judicial manifesto na atuação do Supremo Tribunal Federal (que trata sobre o direito de greve dos servidores públicos) seguido por considerações e a classificação conforme critérios adotados; e num segundo momento, serão tecidas reflexões sobre o Projeto de Lei 6.128/09, aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 24 de março de 2015 e encaminhado ao Senado Federal para análise, que trata sobre o Mandado de Injunção coletivo, em razão da sua importância e por se tratar de proposição legal recente.

O Mandado de Injunção surgiu no Brasil como remédio para o mal da omissão do poder político em tornar efetivas as normas constitucionais, problema difundido no país em consequência da inércia legislativa em regulamentar os direitos que delas decorrem. Como ensina Barroso (2003, p. 248), o instituto foi incluído pela Constituinte de 1988 em razão da *dramática patologia nacional* que tem gerado crescente descrédito da população para com a Constituição, diante da resistência do legislador em regulamentar grande parte de suas normas. Trata-se, pois, de ação genuinamente brasileira, não subsistindo remédio constitucional idêntico no direito comparado (BARROSO, 2003, p. 248).

¹⁴² Ao discorrer sobre a *dimensão de direitos* do ativismo judicial, Campos (2014, p. 323) divide a tutela dos direitos pelo STF sob duas vertentes: “(...) a da **dimensão negativa** (ou de defesa) e a da **dimensão positiva** (ou prestacional). Na primeira, principalmente fundada na liberdade e na dignidade, a Corte interfere nas ações estatais *regulatórias, investigatórias e coercitivo-penais*; na segunda vertente, principalmente fundada na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, interfere no *dever de legislar, nas políticas públicas* e nas *decisões alocativas de recursos* do Estado”.

¹⁴³ Ver, a esse respeito, a já examinada classificação dos direitos fundamentais adotada por Sarlet (2012, p. 185).

Ao contrário das Constituições liberais do século XIX, os diplomas contemporâneos não se limitam a proteger os direitos de primeira dimensão, de cunho individual, contra ingerências do Estado; ou seja, não amparam apenas os direitos de defesa. Eles vão além, de maneira que configuram diversos aspectos da vida social, seja mediante a formulação de programas e políticas públicas como também pela constitucionalização de direitos que dependem de uma postura ativa do Estado para sua concretização, como os direitos sociais (MORO, 2004, p. 93). São características marcantes das chamadas Constituições Dirigentes – consoante célebre nomenclatura cunhada por Canotilho, em obra que data de 1982 – que se caracterizam pela proposta de racionalização da política, “(...) incorporando uma dimensão de legitimidade material pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. A constituição, assim, não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro” (BERCOVICI, 2008, s/p), tal como acontece com a brasileira de 1988.

Desta forma, tendo em mente a já mencionada inércia do poder público brasileiro em relação aos assuntos constitucionais, a “(...) constituinte pretendeu instituir mecanismos judiciais que possibilitassem alguma espécie de controle judicial sobre prováveis omissões constitucionais” (MORO, 2004, p. 94). Dentre os instrumentos trazidos pela nova Constituição com o propósito de solucionar tal problema, destacam-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o ora estudado Mandado de Injunção.

Ocorre que, ao contrário do que foi feito com a ADI por omissão, a Constituinte não regulamentou expressamente os efeitos do Mandado de Injunção, tendo surgido na doutrina posições acerca da eficácia das decisões proferidas quando de seu uso:

Três correntes doutrinárias e jurisprudenciais formaram-se então: a) a primeira, segundo a qual a eficácia da decisão seria idêntica àquela proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão; b) a segunda, segundo a qual a decisão supriria o vazio normativo para o caso concreto, devendo o titular do direito pleitear em seguida, em ação específica, a aplicação da regra criada; c) a terceira, segundo a qual a decisão desde logo garantiria o exercício ou a fruição do direito constitucional reclamado no caso concreto (MORO, 2004, p. 95).

Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal seguiu a linha mais restrita, equiparando os efeitos das decisões proferidas em Mandado de Injunção aos da ADI omissiva. Seu entendimento era no sentido de que não poderia formular diretamente a norma que faltava para suprir a lacuna inconstitucional, posicionamento tomado logo no primeiro ano de vigência da Constituição e que perdurou por quase dezoito anos (CAMPOS, 2014, p. 297). A partir desse entendimento, “A Corte limitava-se a *declarar* a mora e *dar ciência* ao

legislador para, e apenas este, suprir a omissão inconstitucional”, tomando por base o singelo argumento de que “Se à ação de inconstitucionalidade, que a todos interessa, foi atribuída eficácia restrita, não seria razoável atribuir eficácia mais ampla à ação individual, que, em princípio, visa a atender interesse igualmente individual” (MORO, 2004, p. 96).

Apenas com o julgamento conjunto dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, aos 25 de outubro de 2007, o Supremo afastou esses óbices e possibilitou uma mudança radical em seu entendimento (CAMPOS, 2014, p. 298). O tema julgado consiste na omissão inconstitucional acerca da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, que será objeto do tópico seguinte.

3.2.3.1 Direito de greve dos servidores públicos

Os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, propostos, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará questionavam a omissão do Poder Legislativo Federal em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, insculpido no artigo 37, VII, da Constituição da República, que reconhece referido direito, mas condiciona seu exercício aos termos e limites da lei específica. Passados quase vinte anos de vigência da Constituição, o Legislativo não havia produzido a norma regulamentadora desse direito, mesmo depois de o Supremo, em diversas oportunidades, ter declarado a mora e tê-lo cientificado da necessidade de suprimento da lacuna (CAMPOS, 2014, p. 298). Em todas elas, o STF não corrigiu judicialmente a lacuna normativa, limitando-se a dar ciência ao Poder competente para que tomasse as devidas providências, o que não foi feito.

A falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos proporcionou diversos entraves à população como um todo, tendo em vista o constante estado de insegurança jurídica e falta de controle quando de seu exercício pelos servidores públicos, situações capazes de comprometer a prestação de diversos serviços públicos, especialmente os de caráter essencial, como saúde, segurança pública, justiça etc. A título de exemplo, citado pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, podem ser mencionados alguns episódios contemporâneos ao seu julgamento, tal como a paralisação dos controladores de vôo, a greve dos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo e dos peritos do INSS, ocasiões que provocaram inúmeros transtornos e prejuízos à população, gerando um verdadeiro *quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito*, segundo o Ministro.

Diante dessa injustificada e intolerável omissão legislativa, o Supremo, por maioria de votos, conheceu do Mandado de Injunção e propôs a aplicação, por analogia, da legislação que regula o direito de greve do setor privado, no que couber. Assim, o Poder Judiciário, diante da inércia da instância tipicamente encarregada da elaboração legislativa, “(...) formulou diretamente a norma faltante, mandando aplicar, por analogia, em favor dos servidores públicos civis, a legislação referente ao direito de greve do setor privado, a Lei 7.783/89, observadas as particularidades dos serviços públicos essenciais” (CAMPOS, 2014, p 299).

Como ressaltou o Ministro Celso de Mello, depois de discorrer sobre a importância do direito de greve constitucionalmente resguardado aos servidores públicos civis, foram decorridos mais de dezenove anos desde o advento da Constituição, isto é, *quase o período de uma geração*, de modo que ficou evidenciada a *omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa* por parte do legislador e uma *típica situação de desrespeito à Constituição da República* e aos direitos que nela encontram fundamento. Com isso, concluiu o Ministro:

Em suma, senhores Ministros, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia da União Federal, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nos votos vencedores, como observa Campos (2014, p. 299), fica evidente o principal fator da mudança de postura jurisdicional: o *tempo* de inércia persistente e abusiva do legislador. O ativismo judicial, manifesto na atividade *normativo-regulatória* pelo STF, é notório, não obstante previsto e, pode-se dizer, autorizado pela norma constitucional que disciplina o remédio.

Outro fato que chama a atenção na decisão em comento diz respeito ao alcance da decisão prolatada pela Suprema Corte brasileira, o que evidencia ainda mais sua atividade legiferante, indo além dos casos concretos e produzindo efeitos *erga omnes*. Como destaca Campos (2014, p. 300):

O passo que o Tribunal deu foi realmente muito largo. A postura de decidir com eficácia *erga omnes* é, inegavelmente, o que há de mais ativista quanto ao tema da superação da omissão legislativa total. O Supremo transitou diretamente entre

extremos, *sem escalas*, e vem mantendo a nova posição em julgados posteriores sobre temas diferentes, onde igualmente se fez presente inércia legislativa persistente e injustificada, deixando claro ter a mudança de perspectiva institucional vindo para ficar.

Note que, a partir dessa decisão, o Supremo Tribunal Federal diferenciou o Mandado de Injunção da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no que diz respeito aos seus efeitos: ao MI, foi conferida a capacidade de afastar, desde já, a omissão inconstitucional (BARROSO, 2011, p. 173). Como destaca Barroso (2011, p. 173), “Trata-se de um avanço capaz de retirar do limbo o mandado de injunção, sobretudo pelo fato de STF ter admitido a possibilidade de dar à decisão eficácia *erga omnes*, a despeito da inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido”.

Outro ponto que merece menção nos remete à legitimidade da atuação judicial nos casos das decisões proferidas em Mandado de Injunção, ou seja, “(...) acerca da legitimidade do estabelecimento judicial de um regramento temporário nos casos de omissão legislativa” (BARROSO, 2011, p. 173). Sobre esse tema, Barroso (2011, p. 173-174) é assente ao afirmar que não vislumbra ofensa ao postulado da separação dos Poderes. Dentre as razões apontadas, ressaltam-se dois motivos: primeiro, pelo fato de a própria Constituição ter previsto tal garantia com a finalidade de suprir omissões inconstitucionais, sendo que a eficácia *erga omnes* confere ao sistema a racionalidade almejada e à tutela jurisdicional a devida isonomia; e segundo, ao fato de todos os Poderes estarem submetidos aos preceitos constitucionais, de maneira que o Judiciário legitima sua atuação apenas no caso de omissão do legislador, cuja consequência recai na paralisação da eficácia de norma constitucional. Mais elucidativas são as palavras do autor:

Tal possibilidade não deve ser vista como violação à separação dos Poderes, por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar, pelo fato de a própria Constituição ter instituído o mandado de injunção para o controle das omissões inconstitucionais, sendo certo que a doutrina já defendia que o efeito normal da decisão deveria ser o suprimento da omissão. A atribuição de eficácia geral à disciplina temporária assim instituída confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia, evitando que situações semelhantes recebam tratamentos distintos por motivos diversos. Em segundo lugar, veja-se que os poderes constituídos em geral, incluindo o legislador, estão submetidos à Constituição. No caso, o principal fator de legitimação da atuação do Judiciário é a omissão de outro Poder, que tinha como efeito a paralisação da eficácia de normas constitucionais. O provimento do mandado de injunção serve justamente para evitar a eternização dessa situação de desrespeito à força normativa da Constituição. Finalmente, veja-se que a adoção de um regime temporário não impede a atuação superveniente do Poder omissor, que pode abandonar a inércia e dar ao tema tratamento específico, afastando o regime que haja sido instituído pelo Judiciário (BARROSO, 2011, p. 173-174).

No que diz respeito à classificação, de acordo com Campos (2014, p. 277), o caso de ativismo judicial ora abordado pode ser enquadrado na dimensão metodológica, dentro do *comportamento decisório* manifesto no *controle da omissão legislativa inconstitucional total*. Não obstante, o autor ainda identifica sinais da *dimensão processual* do ativismo judicial na *amplitude do uso do mandado de injunção para decidir além do caso concreto* (CAMPOS, 2014, p. 307), o que também se vislumbra nos julgados acima comentados.

3.2.3.2 Projeto de Lei n. 6.128/09: Mandado de Injunção coletivo

Atualmente está em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei 6.128/09¹⁴⁴, de autoria do então Deputado Flávio Dino (hoje, governador do Estado do Maranhão), que tem por objeto principal a disciplina do processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo. O Projeto de Lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados recentemente, no dia 24 de março de 2015, e foi encaminhado ao Senado para análise, onde se encontra atualmente. A seguir, serão examinados alguns de seus principais pontos.

De acordo com referido Projeto de Lei, já no segundo artigo consta a reprodução do texto do artigo 5º, LXXI, da Constituição da República, que preceitua que *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. O destaque fica a cargo da inclusão, no PL em debate, da expressão *total ou parcial*, ausente do texto constitucional, ainda que dele possa ser implicitamente deduzido. O parágrafo único do citado artigo se encarrega de explicar o que se entende por *falta parcial*, a saber: *Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente*.

Em seguida, no artigo terceiro, constam os legitimados para a propositura da ação na sua modalidade individual, que são as *pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, liberdades ou prerrogativas*. Nesse caso, reconhecida a mora legislativa (artigo 8º), será determinado *prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora* (inciso I), exceto se restar comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo anteriormente estabelecido para tanto (parágrafo único), quando será aplicado

¹⁴⁴ O Projeto de Lei comentado, assim como os trechos dele extraídos, está disponível no sítio da Câmara dos Deputados na internet, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>.

diretamente o inciso II, que determina que serão estabelecidas as *condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.*

No tocante aos efeitos da decisão, o artigo 9º prescreve que ela terá eficácia *limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora*, podendo ser conferida à decisão eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, *quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração*. De qualquer forma, a partir do trânsito em julgado da decisão, *seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.*

No caso de a norma regulamentadora ser editada pela instância competente, não possuirá efeitos retroativos em relação aos beneficiários de decisão em sede de Mandado de Injunção transitada em julgado, a não ser que a nova regra lhes seja mais favorável (artigo 11). Se editada antes da decisão, a impetração será considerada prejudicada, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito (parágrafo único).

A partir do artigo 12, surgem as regras referentes à modalidade coletiva do Mandado de Injunção. Referido dispositivo aborda os legitimados para sua propositura, a saber:

- I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
- II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
- III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

O parágrafo único do artigo 12 esclarece quais direitos, liberdades e prerrogativas são passíveis de serem protegidos por intermédio do mandado de injunção coletivo: *os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria*. Em razão disso, a sentença proferida fará coisa julgada *limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante* (artigo 13), preservada a possibilidade de se conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, assim como da *extensão de seus efeitos aos casos análogos*, na forma do artigo 9º, §§ 1º e 2º.

Ao Mandado de Injunção, seja na modalidade individual ou coletiva, *aplicam-se subsidiariamente as normas do mandado de segurança (Lei nº 12.016, de 7 de 5 agosto de 2009) e do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*, conforme disposto no artigo 14.

No conjunto de justificativas apresentadas pelo Congressista para a edição de norma regulamentadora deste importantíssimo remédio constitucional, destaca o lapso temporal decorrido desde a promulgação da Constituição de 1988 até o presente momento, sem que o Poder Legislativo proporcionasse sua regulamentação, não obstante existirem vários casos de grandes lacunas que obstam em muito a concretização de normas constitucionais. De acordo com o Deputado:

O legislador constituinte, preocupado com a perenidade e a efetividade da sua obra, impregnou o novo texto constitucional de garantias tendentes a assegurá-las, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Este último, apesar de sua larga utilização, ainda não foi objeto de adequada regulação infraconstitucional. (BRASIL, 2009).

Dentre as inovações apontadas, destacam-se “(...) as disposições relativas ao mandado de injunção coletivo, à eventual efeito erga omnes e na previsão de uma ação de revisão da decisão proferida em mandado de injunção, ‘quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito’” (BRASIL, 2009).

O Projeto de Lei que visa regulamentar o Mandado de Injunção, tanto individual como coletivo, representa importante instrumento de defesa e concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Diferentemente do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na qual a declaração de inconstitucionalidade omissiva apenas permite a ciência do órgão responsável para que adote as providências no prazo legal (Art. 103, §2º, CR; Art. 12-H, Lei 9.868/99), pelo Mandado de Injunção, de acordo com a sistemática proposta, o Judiciário poderá desde já determinar as medidas necessárias ao exercício do direito obstaculizado, o que representa grande avanço no tocante à eficácia de suas decisões e à proteção de direitos.

Como já abordado durante o estudo, muitas vezes o Poder Legislativo é omissivo em abordar determinados temas, até mesmo em razão de seus possíveis efeitos e/ou custos políticos que podem gerar. Situações complexas, polêmicas, mas que estão extremamente ligadas ao exercício de direitos básicos dos cidadãos, podem ser objeto de inércia ou descaso legislativo, frustrando-se seu exercício. A possibilidade de o Poder Judiciário em suprir, no

bojo de um processo judicial, tais lacunas, representa avanço tanto em relação à sua afirmação democrática como também à proteção jurisdicional dos direitos fundamentais.

Destaca-se também, como o fez o autor do projeto, que se buscou o máximo de respeito ao postulado da separação dos poderes, priorizando as vias políticas tipicamente responsáveis pela edição normativa, bem como priorizando a norma por elas editada, ainda que posteriormente, desde que não prejudique o jurisdicionado.

O ativismo judicial, assim como os correlatos casos de judicialização da política, são exemplos da atuação judicial atípica com o objetivo de suprir omissões ou inconstitucionalidade políticas. O caso do Mandado de Injunção, individual ou coletivo, enquadra-se nessa situação, com o triunfo de ser expressamente previsto e autorizado pela Constituição brasileira de 1988, bem como a estudada intenção de disciplina também na seara infraconstitucional.

Todavia, apesar dos perceptíveis avanços atribuídos ao Projeto de Lei que regulamenta tão importante garantia constitucional, e em consonância com os assuntos já abordados nesse ensaio, a necessidade de edição de lei a esse respeito merece algumas críticas.

A princípio, mediante uma análise mais superficial das propostas veiculadas pelo Projeto de Lei em discussão, pode-se concluir que sua regulamentação seja motivo de comemoração, de modo que referido PL, se aprovado, poderá contribuir sobremaneira para a concretização dos direitos fundamentais e dos objetivos basilares do Estado brasileiro. Seus efeitos realmente serão importantíssimos.

Porém, não obstante as incontestáveis vantagens que a utilização do instituto proporciona e proporcionará aos sujeitos carentes da proteção legal aos seus direitos fundamentais, mediante a permissão de recurso ao Estado, perante o Poder Judiciário, para que seja viabilizado o exercício de tais direitos e liberdades constitucionais quando da omissão injustificada do próprio Estado – porém, na figura do legislador –, a necessidade de edição de uma norma infraconstitucional que regule o instituto nos remete ao fetiche à lei, ainda presente no direito brasileiro, ao que Grossi (2007, p. 109) chamou de *legolatria*¹⁴⁵, apesar de todo trabalho hermenêutico construído pela jurisprudência da mais alta Corte nacional sobre esse tema.

¹⁴⁵ “A legolatria iluminista imobiliza o direito no momento da produção; tal procedimento chega à exaustão com a revelação (deve-se insistir com esse termo teológico) de uma vontade suprema, sendo que o momento de interpretação e aplicação permanece estranho a esse” (GROSSI, 2007, p. 109).

Como ficou constatado, a partir do julgamento conjunto dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o entendimento ampliativo dos efeitos até então admitidos às decisões proferidas em sede de MI, que se limitavam a declarar a mora do Poder Legislativo sem, contudo, conferir a necessária e necessitada salvaguarda aos direitos e liberdades que dela dependiam, ao que se constatou tratar-se de verdadeiro caso de ativismo judicial. Ficou consignado que, diante das omissões legislativas, o STF estaria autorizado a formular diretamente a norma faltante e a determinar sua aplicação. A decisão resultou de atividade interpretativa do dispositivo constitucional que prevê a aplicabilidade de aludido instituto. Tudo isso em consonância com os princípios constitucionais, especialmente o previsto no parágrafo primeiro do artigo quinto, que contempla a auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹⁴⁶.

A edição de lei regulamentadora de norma constitucional auto-aplicável, não obstante o STF já ter definidos os principais contornos relativos à aplicação da garantia fundamental do Mandado de Injunção, demonstra o forte apego à legalidade e sua identificação com o Direito, ainda em detrimento do direito construído jurisprudencialmente¹⁴⁷. Não se questiona a importância do instituto (MI), o qual, frise-se, corresponde a um avanço no que diz respeito à proteção e garantia do exercício de direitos fundamentais; contudo, vê-se a necessidade de se repensar o papel da lei na sociedade contemporânea¹⁴⁸, visto que já não comporta o encargo iluminista de profetizar a totalidade das relações sociais.

3.3 Reconhecendo a função política do direito: acesso à justiça, proteção das minorias e inclusão social

O protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos em que responde a importantíssimas demandas da sociedade, com fundamento na proteção e

¹⁴⁶ Art. 5º, § 1º, CR: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁴⁷ No início do século passado, Cruet (1908, p. 18) já tecia críticas ao papel tradicionalmente atribuído ao Poder Judiciário, em comparação à sua real atuação no desenvolvimento do Direito: “O juiz, esse “ente inanimado”, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as formulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um phenomeno constante, podia dizer-se *uma lei natural da evolução jurídica*: nascido da jurisprudencia, o direito vive pela jurisprudencia, e é pela jurisprudencia que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação immovevel”.

¹⁴⁸ Como ensina Grossi (2011, p. 119-120): “É claro que o Estado não pode abdicar da fixação de linhas fundamentais, mas também é claro que se impõe uma deslegifitação, abandonando a desconfiança iluminista do social e realizando um autêntico pluralismo jurídico, onde os indivíduos sejam os protagonistas ativos da organização jurídica do mesmo modo que acontece nas transformações sociais”.

promoção dos direitos humanos e na ideia de democracia inclusiva (ou, pode-se dizer, consubstanciado numa concepção crítica da democracia), e cuja atuação se baseia em interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, proporcionando notáveis interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo, de modo a preencher vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes (CAMPOS, 2014, p. 257), seja atuando com a finalidade de desobstruir questões sensíveis à sociedade que se encontram paralisados no processo político majoritário, ou mesmo mediante atuação contramajoritária, são características marcantes do ativismo judicial. No entanto, cabe a ressalva referente à possibilidade de um ativismo conservador, às avessas, perpetuador do *status quo* e provavelmente retrógrado e excludente, que carecerá de legitimidade já que é contrário aos direitos e princípios constitucionais. Da mesma forma, existem posturas chamadas ativistas, mas que, na verdade, refletem práticas ilegítimas ou arbitrárias, o que permite a exclusão da categoria do denominado *ativismo judicial* e inclusão no grupo do puro decisionismo, também carecedor, pois, de legitimidade.

O reconhecido protagonismo e o crescente ativismo atribuídos ao Poder Judiciário na contemporaneidade, especialmente ao órgão responsável pelo exercício por excelência da jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal – remetem ao problema inicialmente analisado da inevitável existência do poder nas relações sociais e da constante tentativa de limitá-lo. Mais uma vez, ressalta-se a importância do direito, principal mecanismo encarregado da funcionalização do poder, na busca de um equilíbrio capaz de reduzir o aspecto negativo da pura dominação e promover seu potencial de integração e solidariedade, a fim de garantir paz e segurança na convivência social.

O indispensável respeito às regras do jogo democrático, assim como a observância dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente asseverados, induz à mitigação da exclusividade do princípio majoritário como regra fundamental da democracia, tendo em vista o potencial colapso do regime diante da concessão de poderes irrestritos a um grupo de pessoas (mesmo constituindo a maioria), pois, como já consignado, se alguém ou algum grupo – ainda que composto pela maioria – detiver um poder absoluto e ilimitado, poderá facilmente subverter as regras do jogo e destruir as próprias bases da democracia. Para tanto, as ideias de constituição e de constitucionalismo surgem no sentido de reação ao poder arbitrário, ainda que praticado pela “vontade da maioria”. O necessário reconhecimento dos limites da soberania popular e a adoção de uma concepção crítica de democracia em oposição à sua vertente radical relacionam-se profundamente com as funções da jurisdição constitucional na atualidade, a qual pode ser descrita, como já explicado, como o conjunto de

atividades jurídicas desenvolvidas por um (ou vários) órgão jurisdicional com a finalidade precípua de fiscalizar o rigoroso cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes em determinado Estado, e o dever de proteção e promoção, pelo Estado, dos direitos fundamentais – que também já foram examinados anteriormente – em consonância com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Justamente no artigo 3º, da Constituição da República, foram definidos os objetivos do Estado brasileiro na sua constante busca pela realização da justiça social. Ou seja, no momento constituinte, “(...) impôs-se uma conduta teleológica, finalística, a fim de orientar toda a atividade estatal, seja no âmbito da esfera executiva, seja no âmbito da esfera legislativa, como no âmbito da esfera judiciária” (PAULA, 2002, p. 69).

Logo, ao elencar os objetivos a serem alcançados na Carta Magna, o Estado brasileiro assumiu o compromisso político-constitucional de realização de tais objetivos como forma de legitimação de toda a ordem jurídica que se institui mediante a Constituição Federal e que se instituiu infra-constitucionalmente. É (ou seria) a legitimação da ordem jurídica e da própria atividade jurisdicional mediante os fins sociais a serem alcançados (PAULA, 2002, p. 69).

Com isso, é possível constatar que há (ou deveria haver) o interesse recíproco da sociedade e do Estado na realização de tais objetivos, de modo que “(...) os fins maiores do Estado se confundem com os interesses primários da sociedade, que é o seu bem-estar e promoção social” (PAULA, 2002, p. 69)¹⁴⁹ e, conseqüentemente, a atividade jurisdicional, “(...) iluminada pelo dever de se prestar uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, como corolário ao direito fundamental de ação, passa a ser vista como um meio de se realizar os fins do Estado” (PEREIRA FILHO; MORAES, 2012, p. 54).

A importância da atividade jurisdicional para a realização dos objetivos e fins aos quais convergem toda a atuação estatal é patente. Diante disso,

(...) verifica-se que a jurisdição é uma atividade que se destina à formação e composição de uma sociedade livre, justa e solidária, onde está garantido o desenvolvimento social nacional, com a pobreza e marginalização erradicados e reduzidas as desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (PAULA, 2002, p. 87).

¹⁴⁹ Em que pese o fato de que, na realidade, “(...) o que se tem observado, infelizmente, que a prática não está seguindo os ditames teóricos. Percebeu-se que, na justificativa da realização do fim social, necessitava o Estado de alguns ou de diversos predicados a fim de possibilitar a sua atividade e que isso acabou por mutilar a ordem jurídica direcionada aos fins sociais” (PAULA, 2002, p. 69), numa verdadeira situação de “(...) inversão de valores jurídicos, onde o interesse Estado (leia-se interesse do governo) se sobrepõe aos interesses sociais” (PAULA, 2002, p. 70).

Constata-se, portanto, manifesto exercício de uma *função política* pelos tribunais; todavia, não a partir de uma concepção partidária¹⁵⁰ ou pejorativa da política, mas sim no que diz respeito à sua essência: a política relacionada ao poder, este correspondendo a um dos meios de se obter um fim desejado, e que, como já visto, consiste em pressuposto essencial à sociedade.

Como já apresentado no capítulo anterior, Bobbio (1998, p. 954) define brevemente o *poder* como a relação entre dois sujeitos na qual um deles impõe ao outro a sua vontade, determinando-lhe, assim, o seu comportamento. Espécie de poder atuante nas relações sociais, o poder político, por sua vez, se expressa de várias maneiras, recaindo na mencionada dicotomia resultante da inevitável condição de desigualdade advinda da sua existência, visível na relação entre governante e governado, ou entre Estado e cidadão, por exemplo, típicas fórmulas da linguagem política que bem expressam essa situação. Nas relações que se vislumbram no interior dessa *sociedade de desiguais*, o poder político corresponde ao *poder supremo*, pois tem por principal característica o monopólio do uso da força, tanto no que diz respeito à sua posse como os meios necessários ao seu exercício. A atividade política, portanto, é necessária e indissociável da convivência social, de modo que, por meio dela, são definidos os fins e os valores coletivamente aspirados. Como bem explica Calmon de Passos (2000, p. 51):

Compelidos os homens a institucionalizar opções que se mostrem as mais indicadas socialmente (da ótica daqueles investidos do efetivo poder de optar), esta atividade indispensável e indissociável da convivência social é a atividade política. Por meio dela, definimos os *fins* (objetivos) a serem coletivamente perseguidos e os *valores* que lhe são correlatos. Nesta tarefa, todos estamos empenhados, porque a todos ela diz respeito. Há, entretanto, ao lado desta, outra exigência – assegurar-se a efetividade das opções institucionalizadas no espaço concreto das relações sociais. Para isto, se faz indispensável institucionalizar um poder que monopolize a coerção e possa fazer uso legítimo da força, sem o que inexisteria ordem social e careceriam de sentido aquelas primeiras opções institucionalizadas.

Os membros do Poder Judiciário, portanto, são dotados de parcela do poder – *político* – estatal e conseqüentemente exercem parte da soberania do Estado, como bem representa a conhecida expressão “Estado/juiz” (PEREIRA FILHO; MORAES, 2012, p. 52). Sua atuação está vinculada aos fins do Estado, assim como estão os demais órgãos detentores de parcela do poder político (Legislativo e Executivo). Ocorre que, atualmente, juízes e

¹⁵⁰ O que seria flagrantemente inconstitucional, diante da expressa previsão do inciso III, do Parágrafo Único do artigo 95 da Constituição, que veda aos juízes “dedicar-se à atividade político-partidária”.

tribunais são provocados a participar cada vez mais da vida dos cidadãos¹⁵¹ (MORAES, 2015, p. 155), o que acaba resultando na sua indiscutível tarefa de proporcionar a justiça social conforme os fins estatais, ou seja, passa a atuar como elemento de inclusão social.

O modelo de sociedade que se busca construir, conforme as diretrizes constantes da Constituição do Estado brasileiro, aspira ser alcançado mediante a atuação conjunta de diversos setores da sociedade, “(...) sendo a atividade jurisdicional um dos elementos de sua formação” (PAULA, 2002, p. 88). A jurisdição não se trata, portanto, de *meio* pelo qual se promove a justiça e inclusão sociais, mas sim, como ensina Paula (2002, p. 88), de *elemento*, já que a palavra *meio* sugere uma conotação instrumental e descompromissada, ao passo que a utilização do termo *elemento* sugere “(...) que a jurisdição integra o ambiente social complexo e desigual e tem por razão essencial o cumprimento dos fins delineados no artigo 3º, da CF.” Caso não cumpra os fins do Estado, a atividade jurisdicional comportar-se-á como *elemento estranho*, que não contribui para a construção do todo social, atuando como mero instrumento preservador do *status quo* vigente e perpetuador do cenário de desequilibrada desigualdade e dominação, isto é, não agirá com vistas à funcionalização do poder a fim de proporcionar justiça e paz social, mas apenas ajudará a manter as coisas como elas estão, e como sempre foram; em vez de viabilizar a inclusão, permitirá a permanência do processo de exclusão, o que certamente influenciará na sua legitimidade.

Como ensina Paula (2002, p. 89), o fenômeno da exclusão social normalmente é relacionado aos processos de mudança econômica, e nem sempre é abordada sua ligação com o Estado e suas políticas públicas. Da mesma forma, o conceito de exclusão sempre se relaciona com a ideia de expulsão, de marginalização, de eliminação. O mesmo ocorre com a expressão “exclusão social”. No entanto, essa expressão não traduz uma ideia estanque, mas sim um processo que engloba aspectos materialistas (exclusão do sistema econômico), políticos e culturais¹⁵², e que consiste tanto na eliminação ou marginalização como também na manutenção da condição de excluído (PAULA, 2002, p. 90-91).

Em contrapartida, a concepção de *inclusão social* traduz a circunstância de um processo relativo à eliminação da manutenção da exclusão, ou seja, “(...) a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas ou de grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico”, e deverá ocorrer como consequência de políticas públicas que possuam um caráter social, dispondo do aparato jurídico como instrumental, já

¹⁵¹ Trata-se do fenômeno da *judicialização da vida*, conforme mencionado anteriormente.

¹⁵² “O indivíduo apenas busca um espaço, um reconhecimento social, a identidade etc. À medida que se perde a identidade e o espaço social, se é também um excluído” (PAULA, 2002, p. 90).

que o que se vislumbra é uma “revolução jurídica” advinda da efetivação dos preceitos democráticos por intermédio da atividade jurisdicional, ao invés de uma revolução armada, como defendem doutrinas mais ortodoxas (PAULA, 2002, p. 91-92).

A ideia de *revolução democrática da justiça* foi pensada também por Santos (2011, p. 14-15), quando sugeriu um *repensar radical das concepções dominantes do direito*, cujas bases teórica, prática e epistemológica se encontram em três principais premissas: i) *crítica ao monopólio estatal e científico do direito*, pela qual se procura a revelação de alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria positivista do direito, fundadas “(...) numa concepção forte de pluralismo jurídico e numa concepção política do direito”; ii) *questionamento do caráter despolitizado do direito e a sua necessária repolitização*: assevera o autor que “A posição eminentemente política do liberalismo de reduzir o direito ao Estado foi a primeira condição de despolitização do direito”, mas que, diante das transformações sofridas pelos tribunais ao longo do Estado moderno, verificou-se, na realidade, uma posição oscilante e ambígua. Assim, ao se depararem com “(...) desafios e dilemas do acesso ao direito, do garantismo de direitos, do controle da legalidade, da luta contra a corrupção e das tensões entre a justiça e a política, os tribunais foram mais vezes parte do problema do que parte da solução”, razão pela qual, no decorrer dessas transformações, para a compreensão do desempenho do Poder Judiciário tornou-se necessário “(...) um entendimento mais amplo sobre o que devem ser as funções do sistema judicial, de modo a se discutir não só o exercício de funções instrumentais (resoluções de conflitos, controle social), mas também as funções políticas e simbólicas que têm vindo a assumir”; iii) *ampliação da compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada*: “Noutras palavras, deve-se deslocar o olhar para a prática de grupos e classes socialmente oprimidas que, lutando contra a opressão, a exclusão, a discriminação, a destruição do meio-ambiente, recorrem a diferentes formas de direito como instrumento de oposição”, o que permitirá devolver ao direito o seu caráter insurgente e emancipatório (SANTOS, 2011, p. 14-15).

Desta forma, fica evidente que “(...) trabalhar o novo, preso às verdades do passado, é negar ou, no mínimo, dificultar o entendimento do que se pretende como resposta às demandas sociais levadas à responsabilização de uma decisão judicial” (MORAES, 2015, p. 147), razão pela qual “Um novo modelo de Estado e de direito por lógica exige, igualmente, outro modelo de juiz”, na medida em que “A interpretação judicial é iluminada de requinte constitucional, notadamente, dos seus fundamentos e valores, consoante os artigos 1º e 3º da Constituição Federal” (MORAES, 2015, p. 153).

Nesse sentido, destaca-se a importância do acesso à justiça, importante movimento relativo ao exercício da cidadania (MORAES, 2015, p. 153) e de inclusão social, e que pressupõe desde o acesso às instâncias judiciárias¹⁵³, conforme sua concepção inicial, como também, numa compreensão mais recente, a racionalização do sistema judicial na medida em que se estimule a criação de políticas públicas direcionadas à prevenção e à redução de litígios¹⁵⁴, seja por intermédio de mecanismos que restrinjam o acesso ao sistema judicial¹⁵⁵ – especialmente no que diz respeito aos litigantes habituais¹⁵⁶ e a tutela individual – como técnicas voltadas para além da ideia de judicialização, ampliando-se o conceito de justiça¹⁵⁷ para que seja possível vislumbrar um conjunto integrado de meios de resolução alternativa dos conflitos, dos quais os tribunais fazem parte (SANTOS, 2011, p. 49). Essa necessidade de racionalização do sistema judicial não pressupõe, de maneira alguma, ofensa ao postulado acesso à justiça; ao contrário, visa aprimorá-lo.

O ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário, portanto, consiste numa manifestação da função política desse órgão, especialmente no cenário de judicialização em que assume condição de protagonista em relação às demais esferas de Poder. A importância da atuação judicial ativista, a princípio, não o desqualifica nem o deslegitima, mas sim o impulsiona a se aproximar cada vez mais da realidade social e das demandas sensíveis da

¹⁵³ Sem olvidar das críticas de Becker (2009, p. 23), ao ressaltar que “O direito de acesso aos tribunais consiste num mito, pois de nada adianta ao excluído (não só da Justiça, mas também da sociedade, da economia, da política etc.) ver-se subitamente parte de uma totalidade à qual nunca pertenceu, mesmo porque dentro dela também se veria na condição de oprimido.”

¹⁵⁴ “Houve, após a Constituição Federal de 1988, uma explosão de litigiosidade. O amplo acesso à justiça, a princípio identificado com o acesso ao Poder Judiciário, trouxe uma excessiva judicialização de demandas que revelam a ineficiência do sistema judiciário para tutelar os direitos dos cidadãos. Fato que, paradoxalmente, acarretou numa grave ofensa ao próprio acesso à justiça. A demasiada quantidade de processos em trâmite obriga os magistrados a prolatarem decisões padronizadas, em uma verdadeira linha de montagem judiciária. O compromisso com o caso concreto fica prejudicado diante dessa jurisdição pasteurizada; além de se estimular o arbítrio judicial, ante a deficiência ou falta de fundamentação das decisões” (CAMBI, PEREIRA, 2014, p. 440).

¹⁵⁵ Mas que não seja projetada mediante uma seletividade jurídica excludente, como pode ser verificada no sistema judicial – e judiciário – pátrio contemporâneo, e para a qual se dirigiram as críticas de Becker (2009, p. 25): “A cultura jurídica – ensina Joaquim FALCÃO – seleciona os conflitos a serem apreciados pelo Judiciário e seleciona os ritos para seu exame. Ao fazê-lo, seleciona também os grupos e classes que terão acesso à Justiça, muito embora o direito processual apresente um discurso oficial a favor do acesso irrestrito ao Judiciário. Depreende-se que a função seletiva da cultura jurídica tenha um conteúdo político.”

¹⁵⁶ “Conforme dados do CNJ, por exemplo, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o maior litigante nacional, correspondendo a 22,3% das demandas dos 100 maiores litigantes nacionais, seguido pela Caixa Econômica Federal, com 8,5%, e pela Fazenda Nacional, com 7,4%. Sem uma política específica, voltada aos entes públicos, aos bancos, as companhias telefônicas e as empresas de planos de seguro, que são os maiores litigantes nacionais, não será possível tornar a justiça brasileira mais eficiente” (CAMBI, PEREIRA, 2014, p. 440).

¹⁵⁷ “A justiça não se consegue apenas por meio do Judiciário. Muito pelo contrário: é mais fácil obter a pacificação social (enquanto escopo da jurisdição e do Estado, se é que de fato é o escopo de ambos) por meios alternativos, como negociações, em que não há imposição de procedimentos, nem de julgadores “indiferentes” (assépticos, na expressão de ZAFFARONI), nem de soluções abstratas aprioristicamente formuladas (leis) por pessoas distantes do caso concreto (legisladores) e que muitas vezes não representam nem mesmo os interesses das maiorias silenciosas, de que fala BAUDRILLARD” (BECKER, 2009, p. 25).

sociedade, pois, “(...) quando se busca a aplicação da justiça sem que seja considerado o contexto social em que o conflito acontece, constata-se a insuficiência e inconsistência da “solução” que em regra é apresentada na decisão judicial”. (ESTEVÃO, 2005, p. 207). Nesse sentido, Silva (1997, p. 219) é assente em ressaltar a legitimidade e democratização do Poder Judiciário, órgão que, para o autor, “(...) em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal”, e que consiste em um espaço aberto à deliberação e à concretização de direitos fundamentais, motivo pelo qual, “(...) frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sou uma pessoa indecisa, amo mais debater o pró e o contra do que tirar conclusões. Como o caçador de Pascal, mais a caça do que o 'saqueio'.

Norberto Bobbio

A questão democrática, apesar das discrepâncias que envolvem o conceito, está relacionada com a formação e desenvolvimento da sociedade organizada e, conseqüentemente, do Estado. O mesmo ocorre com o poder, componente do conceito de democracia e inerente às relações humanas. A limitação do exercício do poder no seio da sociedade, com vistas à sua funcionalização voltada ao bem comum, consiste em uma das funções do direito, de maneira que, numa democracia, para o seu exercício seja necessária a observância tanto do princípio majoritário como também haja respeito para com os direitos das minorias, ou seja, que se realize a vontade da maioria sem esmagar (ou excluir) as minorias. Aludida posição se alinha com a concepção crítica de democracia, que reconhece a soberania popular sem fazer esquecer-se da imperiosa exigência da limitação do poder, permitindo a construção dos valores sociais da comunidade, plural e complexa, em respeito tanto à maioria como à minoria.

Nesse sentido, o constitucionalismo e, numa versão contemporânea, o neoconstitucionalismo, são doutrinas voltadas à organização e limitação do poder do Estado e à salvaguarda dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. No entanto, para além da proteção dos direitos fundamentais contra ingerências estatais, numa concepção mais atual, as Constituições compõem-se de normas e princípios que vinculam a atuação estatal aos objetivos e fins constitucionais, de modo que condicionam a atuação do poder político (seja na sua esfera legislativa, executiva ou judiciária). Essa vinculação à norma constitucional, que muitas vezes se sobrepõe a normas oriundas do Poder Legislativo, por vezes considerado representante da vontade popular e reputado como expressão da democracia em razão da escolha de seus membros suceder pelo voto popular, pode gerar aparentes tensões entre os ideais neoconstitucionais e democráticos, os quais, na realidade, são inerentes e indispensáveis à sobrevivência do Estado e da democracia.

Da mesma forma, ocorrem questionamentos acerca da legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional, entendida como a garantia jurisdicional da Constituição, principalmente quando sua atuação se dá em aparente confronto com os demais

Poderes constituídos, ou mesmo nos casos de omissão legislativa ou executiva, quando busca suprir esse vazio de direito. Como ficou consignado, a ideia de justiça constitucional surgiu em diversos países como uma possível resposta ao problema da opressão, na medida em que a norma constitucional escrita e aceita como obrigatória por todos os órgãos governamentais, caracterizada pela rigidez e dificuldade em ser alterada com a finalidade de evitar seu desmantelamento pelos “caprichos de maiorias passageiras”, aliada a um quadro de processos e instituições, emergem como limitação e controle do poder político.

Constituição, democracia e salvaguarda dos direitos fundamentais são três proposições que, juntas, estabelecem alguns dos principais contornos do Estado Democrático de Direito, modelo no qual o Estado brasileiro se constituiu e que tem por principais características a união do ideal democrático ao Estado de Direito, reunindo as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social, dotado de um caráter transformador da realidade social, que contempla uma série de princípios e objetivos relacionados à justiça social e à concretização dos direitos fundamentais.

Percebe-se, pois, verdadeiro e necessário estreitamento dos vínculos entre Direito e Política, notadamente diante do cenário atual, composto por desmedido pluralismo e complexidade, somado à necessidade de respeito e concretização dos direitos humanos de todas as dimensões. Com isso, os juízes e tribunais, à medida que recebem críticas relativas ao seu papel contramajoritário e ao exercício de funções políticas, tem adotado um perfil mais ativo e crítico no exercício da prestação jurisdicional, em contraposição ao passivismo tradicional atribuído ao Poder Judiciário.

No Brasil, especialmente após o advento da Constituição de 1988, essa conjuntura se intensificou, de modo que fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial tem sido objeto de inúmeros debates, sendo que o protagonismo judiciário, seja mediante sua atuação ativa ou passiva, tem afetado sobremaneira os rumos da política, interferindo na atuação dos demais Poderes da República.

No tocante ao ativismo judicial, cujo oposto se verifica na posição de autocontenção, constatou-se que a expressão é usada de muitas maneiras, mas possui como elemento chave a disposição da Corte de realizar mudanças significativas na política pública, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições. Um dos principais problemas relativos ao ativismo judicial é exatamente a imprecisão, ou a falta de consenso na utilização da expressão. Enquanto houver seu uso indiscriminado, sendo usado para remeter a situações diversas – muitas vezes opostas, contraditórias – o exame de seus limites e possibilidades tornar-se-á tarefa quase impossível. A proposta, acatada pelo presente trabalho, do conceito

multidimensional do ativismo judicial, acredita-se, ajuda a reduzir a imprecisão do termo e pretende facilitar sua caracterização, para que, somente assim, seja possível examinar tanto seus aspectos positivos como negativos.

Com isso, diante de critérios objetivos que permitam a identificação do ativismo judicial em cada caso, conclui-se que, a princípio, o fenômeno não pode ser adjetivado como bom ou ruim, legítimo ou ilegítimo e assim por diante. Dependerá, pois, a que e a quem servirá, pois que sempre servirá a algo e a alguém¹⁵⁸. Da mesma forma, a autocontenção judicial pode tornar o direito e a atividade jurisdicional estacionados, apenas se movendo na velocidade da via política tradicional; ou, em determinados casos, consistir na mais prudente postura a ser adotada pelos órgãos jurisdicionais, quando não passíveis de decisão pela instância jurisdicional. A dificuldade reside, tanto para ativismos como para autocontenções, em se delinear os limites, que não mais se encontram somente na lei, mas, também e principalmente, na Constituição em sentido material.

A politização do direito, portanto, antes de ser rechaçada, deve ser reconhecida, até mesmo para que seja possível combater os excessos, já que sua inter-relação é inevitável: a política, de uma forma ou de outra, influencia o direito; e o direito, na ação ou na omissão, de forma ativa ou restrita, exerce sua função política. São assuntos que, quando tratados de maneira (em especial, socialmente) responsável, tendem a convergir para o mesmo fim: o bem comum e a pacificação das relações sociais.

Nos casos comentados, percebe-se a importância da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal na defesa de grupos minoritários, bem como de parcela pobre da sociedade, que busca perante o Judiciário a concretização dos mais básicos direitos, como a vida e a saúde; ou mesmo de direitos de primeira dimensão, ligados ao ideal de liberdade (tal como no caso da união entre pessoas do mesmo sexo, pelo que se preza pelo respeito à liberdade sexual, e o respeito ao direito de greve, relacionado ao direito social do trabalho) e correspondentes à defesa do indivíduo tanto perante o Estado como a particulares.

No mesmo sentido, foi possível notar que as alternâncias na postura judicial influem sobremaneira no destino da sociedade. Momentos de maior ativismo libertário, de acordo com os princípios constitucionais, refletem o recuo das instâncias políticas em promover a

¹⁵⁸ Apenas a título de esclarecimento, refere-se aqui à questão da neutralidade judicial, o que, como assevera Becker (2009, p. 117), se sabe ser um mito: “Juiz neutro, como vem sendo insistentemente repetido, não existe, pois não há como se desvincular das ideologias. Já a questão do juiz imparcial refere-se ao favorecimento a uma das partes, e sem dúvida nenhum processualista sério poderia defender a figura do juiz parcial. O fato do juiz não ser neutro não implica necessariamente sua parcialidade diante da causa, mas muitas vezes hemos de convir que há relações. Ou seja, sua ideologia acabará muitas vezes se refletindo na direção do processo e na decisão (em que a ideologia de esquerda reflete uma maior condescendência com a parte economicamente mais fraca, e vice versa).”

Constituição e os direitos fundamentais, ao passo que a presença de autocontenção judicial ou ativismo conservador pode priorizar setores da sociedade em detrimento de direitos fundamentais de uma parcela socialmente onerada.

Muitas vezes, a omissão (proposital ou não) do legislador e do administrador público, em razão da força normativa da constituição e da eficácia dos direitos fundamentais, obriga o Judiciário a manifestar-se, eis que não pode se eximir desta tarefa constitucional de apreciação de casos de lesão ou ameaça a direito. Seu compromisso com a constituição e com os direitos – especialmente os fundamentais – muitas vezes reflete na sua decisão: ao afrontar-se ou suprir o legislador, pode ser considerado ativista, mas não faz nada além exercer seu papel, desde que observados os limites e fins constitucionais, tanto formais como materiais; excessos ocorrerão (pois os julgadores são humanos, logo, propensos ao erro, assim como são humanos os legisladores, também passíveis de errar), mas isso deverá ser exceção e não a regra. Não obstante, devem ser discutidos e submetidos à crítica num ambiente público, democrático e acessível, seja acadêmico ou não, com o fim de analisar suas particularidades para evitar ocorrências futuras.

Da mesma forma, há a necessidade de reduzir a judicialização da vida, sem que, contudo, seja desestruturado o direito fundamental ao acesso à justiça. E isso deve suceder, por exemplo, mediante promoção de políticas públicas pelo Estado com o objetivo de desestimular o litígio e incitar o consenso, ampliando o conceito de *justiça* a que se busca o *acesso* e possibilitando alternativas à demanda judicial, sem, contudo, criar condições privilegiadas a determinados setores que possam facilitar a ofensa a direitos. Desta forma, os órgãos jurisdicionais terão melhores condições de atender às demandas efetivamente importantes para a sociedade.

O ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário, portanto, consiste numa manifestação da sua função política, especialmente no cenário de intensa judicialização em que a função jurisdicional assume condição de protagonista em relação às demais esferas de Poder. A importância da atuação judicial ativista, a princípio, não o desqualifica nem o deslegitima, mas sim o impulsiona a se aproximar cada vez mais realidade social e das demandas sensíveis da sociedade, razão pela qual pode ser considerado como tão democrático quanto, ou talvez mais, que os demais Poderes, pois representa um espaço aberto à deliberação e à concretização de direitos fundamentais, sendo o acesso à justiça importantíssimo meio de exercício da verdadeira cidadania.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 19, n. 2, mai-ago 2014.

ALVES, Paulo; ALVES, Aline Cristina. Poder Judiciário e judicialização: proposições para uma pesquisa. *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, nº 08, 2008.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. O constitucionalismo. In: FRANCISDO, José Carlos (coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ANEZ, Tânia Letícia Wouters; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. *Democracia participativa e movimentos populares: 25 anos da redemocratização do Brasil*. II Simpósio Regional sobre Direitos Humanos e Fundamentais. Marília/SP: UNIVEM, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Rev. direito GV* [online], vol.9, n.1, 2013.

BAPTISTA, Felipe Derbli C. A evolução histórica da jurisdição constitucional e sua influência no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, vol. 57, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n. 09, Curitiba, Unibrasil, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, n. 2, jul/dez. 2006.

_____. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidade Jurídica: revista eletrônica da OAB*, Brasília, n. 4, janeiro / fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2009.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BECKER, Laércio Alexandre. *Introdução à mitologia do processo civil*. Porto Alegre, Manas Editora, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente de 1988*. Jornal UNESP. São Paulo, Ano XXII, nº 238, Outubro/2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

_____. *Política*. In: BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. trad. Carmen C, Varriale *et al*; coord. trad. João Ferreira; 11. ed. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 14, n. 40, 2000.

_____. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 6.128/2009. Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe: 13 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Processo em andamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe: 14 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 06 de novembro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 06 de novembro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. DJ 06 de novembro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 33.351/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe: 30 de março de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 20 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 633.703/MG, Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe: 18 de novembro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 727.864/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 17 de setembro de 2014.

BREGA FILHO, Vladimir; PINTO, Tais Caroline. O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: Terezinha de Oliveira Domingues; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas I. 1ed. vol. 1. Florianópolis: Conpedi, 2014.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

_____. Protagonismo judiciário responsável. *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, nº 16, 2012.

CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 237, nov./2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. *RIDB*, Ano 2, nº 6, 2013.

_____. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, a. 12, nº 40, 2001.

CARCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 88. Belo Horizonte: UFMG – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, dez. 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 2002.

_____. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2001.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, v.5, n.9, jul-dez. 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais do poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. a. 35. n. 138. abr/jun 1998.

CONSTITUIÇÃO. In Britannica Escola Online. *Enciclopédia Escolar Britannica*, 2015. Web, 2015. Disponível em: <<http://escola.britannica.com.br/article/481046/constituicao>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos & C.^a Livraria Editora, 1908.

DAHL, Robert. A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A hora do Judiciário. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Ano I, número 01. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. Revisão de Ricardo Olivo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. Direito e realidade social: velhos inimigos. *Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México : UNAM. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISDO, José Carlos (coord.) *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOMES, David Francisco Lopes. Razões para uma Ditadura: Manoel Gonçalves Ferreira Filho e a Democracia Possível. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul./dez. 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. e atual. tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Organização Ricardo R. Terra; tradução Rodrigo Naves, Ricardo R. Terra. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, 92 Cal. L. Rev. 1441 (2004). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>).

KOERNER, Andrei. Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, 96, jul. 2013.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Leme: Edijur, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. *Lua Nova*, nº 44, 1998.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria geral do processo*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTÍN, Nuria Belloso. *El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, vol. 59, n. 1, 2014.

MATTEUCCI, Nicola. *Constitucionalismo*. In: BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. trad. Carmen C, Varriale *et al*; coord. trad. João Ferreira; 11. ed. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

MORO, Sérgio. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 38, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, 1985.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. 1. ed. Barueri: Editora Manole, 2002.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 1, jan./jun. 2012.

PLATÃO. Coleção *Os pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRADO, Geraldo. Crônica da reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da justiça criminal. *in O novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 06.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutação   brasileira”: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição. *Revista Direito GV*, São Paulo, 10(2), jul-dez 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11  ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, v. I, n. 1, abril de 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito   saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4  Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html.

SEN, Amartya. Democracy as a Universal Value. *Journal of Democracy*. 10.3 (1999). Disponível em: http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf. Acesso em: 02.08.2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 07 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-can nica*. 2. ed., rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, Orlando. *Comentários   Constituição da República Federativa do Brasil: (promulgada em 05.10.1988)*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(2):75-83. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TAVARES FILHO, Newton. *Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, Vol. 8, jan-jun 2012.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora*, Vol. 1, n. 04, outubro e novembro/2009.

WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. *Boletim CEDES* [online], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2012.