



**Walter Moura Andrade**

**Expansionismo jurisdicional no Brasil:  
judicialização da política e ativismo  
judicial, à luz da corrente do realismo  
jurídico.**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Gisele Cittadino

Rio de Janeiro

Abril de 2014



**Walter Moura Andrade**

**Expansionismo jurisdicional no Brasil:  
judicialização da política e ativismo  
judicial, à luz da corrente do realismo  
jurídico.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof<sup>a</sup>. Gisele Guimarães Cittadino**  
Orientadora  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Noel Struchiner**  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Fábio Carvalho Leite**  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Mônica Herz**  
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 04 de abril de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

### **Walter Moura Andrade**

Graduou-se em direito no ano de 2007. Pós graduou-se em Direito Tributário em 2009. É professor de Direito Constitucional, Processual Civil, Previdenciário e Empresarial da Faculdade Doctum na Cidade da Serra-ES. É ocupante do cargo de Supervisor Geral da 1ª Vice-Presidência da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Advogado militante nas áreas Cível e Tributária.

### Ficha Catalográfica

Andrade, Walter Moura.

Expansionismo jurisdicional no Brasil: judicialização da política e ativismo judicial, à luz da corrente do realismo jurídico./ Walter Moura Andrade; orientadora: Gisele Guimarães Cittadino – 2014.

99 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2014.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Jurisdição constitucional. 3. expansionismo jurisdicional. 4. Judicialização da política. 5. ativismo judicial. 6. direitos fundamentais; 7. mudança de parâmetro.. I. Cittadino, Gisele Guimarães. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

## Agradecimentos

Agradeço à Sulian, minha esposa, pelo apoio irrestrito e ao meu filho Vinícius, principal motivo da minha perseverança em atingir os objetivos por mim traçados.

À PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

## Resumo

Andrade, Walter Moura. Cittadino, Giselle Guimarães. **Expansionismo jurisdicional no Brasil: judicialização da política e ativismo judicial, à luz da corrente do realismo jurídico**. Rio de Janeiro, 2014. 99p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho de dissertação verifica a mudança de paradigma de interpretação ensejado pelas decisões de caráter concretista provenientes da jurisdição constitucional brasileira através das quais se exterioriza o fenômeno jurídico político denominado por expansionismo jurisdicional, gênero constituído pelas espécies denominadas por ativismo judicial e judicialização da política, que têm na ineficiência do Estado em executar políticas públicas, bem como na omissão de documentos legislativos que restringem a fruição, por parte da sociedade, dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, como elementos motivadores para a mudança do parâmetro. Para tanto, realiza pesquisa para identificar conceitos e elementos históricos da evolução do fenômeno jurídico para melhor compreender as possíveis causas para a alteração da performance na interpretação das decisões que realizam os magistrados.

## Palavras chaves

Jurisdição constitucional, expansionismo jurisdicional, judicialização da política, ativismo judicial, direitos fundamentais, mudança do parâmetro.

## Abstract

Andrade, Walter Moura. Cittadino, Giselle Guimarães(Advisor). **Jurisdictional expansion in the Brazil: judicial activism, under thinking of legal realism philosophy currents.** Rio de Janeiro, 2014. 99p. MSc Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This dissertation verifies the paradigm shift of interpretation occasioned by decisions concretist character from the Brazilian constitutional jurisdiction through which externalizes the political and legal phenomenon called by jurisdictional expansionism genus comprises the species named by judicial activism and legalization of politics, that have the inefficiency of the state run public policies, as well as the omission of legislative documents that restrict the enjoyment, by society, the constitutionally guaranteed fundamental rights, as motivators for change of parameter elements. For both, conducts research to identify concepts and historical elements of the evolution of the legal phenomenon to better understand the possible causes for the change in performance in the interpretation of decisions that carry the magistrates.

## Key words

constitutional jurisdiction, jurisdictional expansionism, legalization of politics, judicial activism, fundamental rights, change the parameter.

## Sumário

1	Introdução	8
1.1	Delimitação do Objeto e Hipótese de Investigação	8
1.2	Método e estrutura de abordagem	9
2	O Expansionismo Jurisdicional no Supremo Tribunal Federal.	12
2.1	O Expansionismo Jurisdicional como resultado dos Tribunais Constitucionais.	12
2.2	O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional.	15
2.3	Judicialização da Política e Ativismo Judicial como espécies do Gênero Expansionismo Jurisdicional.	22
2.3.1	Distinções Entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial.	23
2.3.2	O Cerne da Judicialização da Política e do ativismo judicial.	27
2.4	Expansionismo Jurisdicional: os motivos determinantes.	30
2.5	Precedentes de Expansionismo Jurisdicional no Supremo Tribunal Federal.	44
2.6	O Expansionismo Jurisdicional no Direito Comparado.	55
2.7	Pontos Contrários ao Expansionismo Jurisdicional.	59
3	Da Teoria Crítica do Direito ao Neoconstitucionalismo: A Evolução do Pensamento Constitucional	65
3.1	Jusnaturalismo	66
3.2	Positivismo Jurídico.	68
3.3	A Teoria Crítica Do Direito	72
3.4	O Constitucionalismo.	74
3.5	A Constituição Dirigente.	76
3.6	Neoconstitucionalismo	81
3.6.1	A interpretação pragmática e interpretação moral.	87
4	Conclusão	92
5	Referências Bibliográficas	95

# 1

## Introdução

### 1.1

#### Delimitação do Objeto e Hipótese de Investigação

Aqueles que se interessam e seguem o desenvolvimento das decisões do Supremo Tribunal Federal, pertinentes à sua jurisdição constitucional, devem identificar a razão que ensejou a confecção do presente trabalho de pesquisa, qual seja a substancial mudança de performance em relação algumas das decisões que interpretam a jurisdição constitucional. Estas, que evoluíram para um expansionismo jurisdicional em razão do exercício da competência do Supremo Tribunal Federal relativamente àquelas decisões de cunho político, econômico e social. Diante da necessidade de tornar palpáveis os direitos sociais ligados às mencionadas questões, concretizando-as.

Assim, o presente trabalho se desenvolverá no sentido de trazer os motivos que determinaram a chegada ao Brasil do expansionismo jurisdicional, ou seja, dessa nova rota empreendida pela jurisdição constitucional brasileira que vê na conjugação das omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, juntamente a um substrato constitucional que facilitou o acesso à justiça, propiciando em seu arcabouço uma série de ações colocadas à disposição dos atores legitimados para propor, por meio delas, mudanças nas condições da sociedade como um todo.

E isso tem sido respondido de forma concreta pelo Supremo Tribunal Federal que, por meio de suas interpretações decide de modo a trazer para o exercício social os direitos garantidos constitucionalmente, em decorrência de uma nova Constituição que apresenta como principal característica um dirigismo que visa garantir o existente voltando-se para programas futuros a serem implementados com o fim de garantir a fruição dos direitos fundamentais por ela constitucionalizados, visto que a Constituição dirigente está intrinsecamente



ligada ao Estado de Bem Estar Social, deixando para traz algumas das principais ideias de Constituição liberal burguesa.

Essa mudança de paradigma induz a uma questão pontual que conduz à problemática que se identifica sob a relação existente entre os fenômenos denominados como ativismo judicial e judicialização da política aqui entendidos como espécies do gênero expansionismo jurisdicional resultante da nova postura desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal em decorrência do exercício de sua competência relativa às decisões emanadas da jurisdição constitucional brasileira que invadem áreas que não suas estremecendo a relação com os demais poderes. Tudo, ausente de quaisquer intenções de criticá-las seja de forma positiva ou negativa, mas tão somente referenciar os pontos mais discutidos pelos autores que se debruçam sobre o debate na tentativa de explicar a ocorrência desse fenômeno.

## 1.2

### **Método e estrutura de abordagem**

Ao fazer alusão aos precedentes desse expansionismo jurisdicional relativamente aos primeiros passos da jurisdição constitucional brasileira materializada pelo STF por meio de decisões em Mandados de Injunções que caracterizaram a mudança de paradigma que esse Tribunal vem protagonizando, expandindo-se jurisdicionalmente, ao adentrar searas até então intocáveis em decorrência de sua estrita competência. Isso, obviamente que, levando em conta as dificuldades entre vários consensos metodológicos de interpretação para justificar, de modo mais razoável possível, a questão do expansionismo jurisdicional no Brasil como se deseja no presente trabalho.

Inicialmente será abordado o expansionismo jurisdicional que experimenta a jurisdição constitucional brasileira se desdobra em duas linhas tênues de pensamentos entre si. Uma que diz respeito ao ativismo judicial, onde os legitimados para as ações constitucionais que se dirijam com a finalidade aqui estudada e a segunda que diz respeito às intenções que possuem os próprios membros do Poder Legislativo em transferir para o Poder Judiciário o ônus de questões que possam trazer desgastes em decorrência de serem tidas como de

difícil absorção pela sociedade, traduzindo-se na judicialização da política. De modo que necessitam, esses desdobramentos, de uma explicação mais incisiva para que se possa obter uma ideia melhor desses novos institutos de direito que povoam nossos imaginários.

Esse fato indica certa mudança da mentalidade do direito processual que inicia a dar muito mais ênfase à justiça do que à própria forma. No que se invoca a ideia de que esses novos caminhos traçados pela jurisdição constitucional é gerador da institucionalização de uma crise na relação existente entre os poderes. Tendo em vista que a ideia de um judiciário como legislador negativo fica, no presente sentido, relegada ao passado.

Após, no decorrer do segundo capítulo, se buscará demonstrar que os fatos acima mencionados se devem à convergência, num único sistema jurídico, das duas principais famílias de sistemas jurídicos contemporâneos, entendidas estas como as de *Civil Law* e os de *Common Law*, bem como a introdução da ideia de entender o Supremo Tribunal Federal como Tribunal constitucional. Visto que o evidenciado expansionismo da criatividade judicial, presente nas sociedades contemporâneas, teve como ponto de partida a consolidação desses denominados tribunais constitucionais que ressurgiram em alguns países da Europa Continental como será visto.

Ao final desse capítulo serão trazidos elementos do direito comparado, a fim de trazer subsídios que mostrem que os países centrais também viveram esta crise de instabilidade que hoje vive a cena política jurídica brasileira. Abordando, também, os pontos contrários, fazendo alusão aos pensamentos daqueles doutrinadores que se debruçam sobre a problemática e pensam contrariamente a essa atividade, bem como as hipóteses que possam advir como consequências.

No terceiro capítulo, que antecede a conclusão, será abordada a evolução do desenvolvimento do pensamento Constitucional onde a teoria crítica do direito será alvo de abordagem, pois é em decorrência dela que ocorre a evolução do fenômeno jurídico que, historicamente, perpassa por vários momentos de ebulição, onde em cada um “reinava” uma filosofia que ditava a ordem jurídica e,

como todo império, também havia momentos de apogeu como de queda. De modo que uma abordagem bastante substancial será feita em relação a duas das mais importantes filosofias do direito, quais sejam o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Dizendo em que consistiam e, principalmente, para os fins do presente trabalho, o que cada uma delas pensava a respeito das regras para a explicação do fenômeno jurídico.

Bem como, será realizada uma abordagem a respeito da ideia que gira em torno da origem e significado da expressão que vem se denominando como neoconstitucionalismo, que pode ser traduzido no “conceito de supremacia constitucional – que há muito é um dos pilares da ordem política norte-americana – é agora compartilhado, de uma forma ou de outra, por mais de cem países em todo o mundo”<sup>1</sup>. De mesmo modo, abordar os temas que dizem respeito da interpretação moral da Constituição, seu maior expoente. Não deixando de falar de outra modalidade de interpretação inerente à essa nova forma ativista de atuação das decisões judiciais, qual seja a interpretação pragmática da Constituição. Esta, onde o interprete deve dimensionar a norma à realidade social, padecendo como instrumento útil ao convívio social.

---

<sup>1</sup> MOREIRA, Luiz. *Judicialização da Política* / organização Luiz Moreira. – 1. Ed. – São Paulo : 22 Editorial, 2012.p.131.

## 2

### O Expansionismo Jurisdicional no Supremo Tribunal Federal.

#### 2.1

##### O Expansionismo Jurisdicional como resultado dos Tribunais Constitucionais.

O expansionismo jurisdicional, de acordo com o que se verifica no Supremo Tribunal Federal, é parte das ocorrências de movimentos evolutivos que atualmente emergem com forte tendência a universalizar-se em razão de como se apresentam os fatos que convergem em direção às duas principais famílias de sistemas jurídicos contemporâneos, entendidas estas como as de *Civil Law* e os de *Common Law*. Obvio que levados em consideração o fato de serem essas, as duas modalidades de sistemas jurídicos mais utilizados pelos países do ocidente.

O evidenciado expansionismo da criatividade judicial, presente nas sociedades contemporâneas, teve como ponto de partida a consolidação dos denominados tribunais constitucionais que ressurgiram em alguns países da Europa Continental durante um período denominado por Louis Favoreu como *A segunda onda*. Este que, segundo o mesmo autor:

“[...] situa-se após a Segunda Guerra Mundial, quando, após o restabelecimento da Corte Austríaca em 1945, foram instituídas a Corte Constitucional italiana, em 1948, e o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1949, aos quais podemos acrescentar a criação, alguns anos mais tarde, das Cortes Constitucionais da Turquia (1961) e Iugoslávia (1963).”

Corroborando esse fato, Mauro Cappelletti<sup>2</sup>, e também aponta a criação dos tribunais constitucionais como ponto de convergência entre os anteriormente mencionados sistemas jurídicos, dizendo que:

---

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 124.

“[...] a criação, no último pós-guerra, de tribunais constitucionais na Áustria, Alemanha e Itália e ultimamente na Espanha, assim como vários outros países da área do “Civil Law”. Nem mesmo a França, nada obstante o espectro multissecular do “*gouvernement des juges*”, permaneceu completamente imune a tais evoluções, em expansão como mancha de óleo sobre continente europeu.”

Essa característica inerente aos países designados como pertencentes à família do *Common Law* – que representa a modalidade de sistema jurídico onde “[...] as normas não constam de um documento único e solene baseando-se, principalmente, nos costumes, na jurisprudência e em convenções e em textos constitucionais esparsos, como é a Constituição inglesa.”<sup>3</sup>. Isso, devido o modo como, tradicionalmente, se constitui o direito nesses Estados onde geralmente “[...] o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito.”<sup>4</sup>. De modo que, desde então, esses tribunais são considerados como verdadeiros bastiões de legitimação da democracia por desenvolver a ideia de que a sua realização – da democracia, em alguns momentos, deve, impreterivelmente, passar pelo Direito e, somente a partir de então, poder alcançar a legitimação da própria ideia de Estado democrático.

Os tribunais constitucionais surgem, desse modo, no período do pós-guerra como imposição de uma fração da cultura norte-americana pré-existente sobre os países europeus vencidos ao final da segunda guerra mundial. O que se justificou pelos abusos perpetrados por seus regimes totalitários que ceifaram e mutilaram vidas e liberdades de povos que caíram sob seu julgo, vindo a ferir fortemente os direitos humanos. Fato que se apoiou em premissas como, por exemplo, a inegável ideia de os Estados Unidos da América terem despontado como nação hegemônica ao final da segunda grande guerra, somando-se à forte necessidade que havia na época de se implantar os direitos humanos como um dos grandes elementos a condicionar os ordenamentos jurídicos internos daqueles países, de forma a desencadear sua normatização a fim de tornar viável a defesa dos mesmos através dos meios judiciais.

---

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 928 p. p. 41.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 32.

Foi a partir de então que no decorrer das últimas décadas se notou certa transferência de poder por parte das instituições representativas de outras esferas de poder em direção a esses tribunais por se identificarem como tradutores de ideias que se concretizam por meio de suas decisões, corroborando o pensamento de que “O conceito de supremacia constitucional – que a muito é um dos principais pilares da ordem política norte-americana – é agora compartilhado, de uma forma ou de outra, por mais de cem países em todo o mundo.”<sup>5</sup> Haja vista o fato de que, atualmente, vários são os Estados considerados democráticos que legitimam a ideia de as decisões provenientes dos tribunais constitucionais servirem como marco de transformações social, econômica e cultural das vidas de seus cidadãos.

Nesse diapasão, o expansionismo jurisdicional representa um dos principais fenômenos que evidenciam o aumento da confiabilidade no Poder Judiciário para resolver questões, inicialmente, estranhas à sua órbita de atuação como, por exemplo, aquelas que dizem respeito a políticas públicas, bem como as controvérsias que possuem suas origens no âmbito do Poder legislativo. “Essa situação está igualmente evidente em democracias constitucionais mais jovens que instituíram mecanismos de *judicial review* ativo apenas nas últimas décadas”<sup>6</sup>. Por encontrarem-se de posse de um forte aparato procedimental de revisão judicial resultante de reformas constitucionais realizadas, os tribunais constitucionais desses países têm sido invocados, em número cada vez maior, para dirimir um vasto número de questões tomadas como controvertidas no interior de suas sociedades, onde a solução para as mesmas parece não encontrar outra forma de pacificação, senão a via judicial.

O fato de ter sido a atividade expansionista iniciada pelos tribunais constitucionais no período que se deu após o fim da segunda guerra mundial e de ter se alastrado a ponto de englobar um número considerável de países no mundo levou com que o Brasil não restasse inerte no que diz respeito a essa atividade, e dedicou importante parte de seu texto constitucional à presença de elementos que

---

<sup>5</sup> HIRSHIL, Ran. Artigo: *O novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política*. Judicialização da Política / organização Luiz Moreira. – 1. Ed. – São Paulo : 22 Editorial, 2012. P. 131.

<sup>6</sup> HIRSHIL, Ran. Artigo: *O novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política*. Judicialização da Política / organização Luiz Moreira. – 1. Ed. – São Paulo : 22 Editorial, 2012. P. 131.

podem dar impulso à jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Um reflexo desse novo direito constitucional, que desde o advento da Constituição Federal de 1988 deu base ao Poder Judiciário brasileiro que passou a contar com um vasto aparato de ações que dão azo às revisões judiciais. Casos em que o Supremo Tribunal Federal, não se diferenciando das demais Cortes Constitucionais espalhadas pelos vários países do mundo, de acordo com o mencionado anteriormente, tem sido convocado em número cada vez maior para enfrentar questões das mais diferentes ordens, quando do exercício de sua jurisdição constitucional. Isso, por ser esse tribunal também considerado como a Corte Constitucional brasileira.

## 2.2

### **O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional.**

O Supremo Tribunal Federal foi instituído como órgão de cúpula da organização judiciária brasileira e possui sob sua responsabilidade, dentre outras atribuições, a guarda da Constituição<sup>7</sup> como um dos fatores que fornecem parcela de sua competência ao exercício das atividades que sejam, em sua origem, de competência de um tribunal constitucional e que se somam às demais destinadas à composição de conflitos de outras naturezas<sup>8</sup>, ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal atua na condição de instância de apelo ou unificadora de jurisprudências que dizem respeito a determinadas questões que não as de caráter exclusivamente constitucionais. Revelando-se numerosas as competências assumidas pela Corte, que acaba por não conseguir responder em tempo hábil as demandas que lhes são opostas, contando com um alto número de processos que se arrastam durante anos até que sejam definitivamente julgados.

A condição estabelecida em razão das competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal poderia ter sido modificada no momento da elaboração da Constituição Federal brasileira de 1988 quando foi realizada proposta à

---

<sup>7</sup> Expressão que se encontra de acordo com aquilo que diz o artigo 102, “caput” da constituição federal de 1988, onde está descrito que: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”.

<sup>8</sup> Nos incisos I e II, do artigo 102, da Constituição Federal de 1988, bem como nas alíneas dos mesmos se encontram as competências do Supremo Tribunal Federal que não decorreriam de sua jurisdição constitucional.

Assembleia Constituinte no sentido de que fosse criado um tribunal destinado a resolver questões de cunho estritamente constitucionais, a fim de que pudesse desempenhar um controle mais eficaz de constitucionalidade dos atos do Legislativo, bem como de atos das demais autoridades públicas que estejam dentro da órbita de sua competência e submeter o desenvolvimento de seus julgados a um trabalho de maior qualidade voltado à tutela da jurisdição política constitucional.

Algumas ações em prol da existência de um tribunal de competência exclusivamente voltada para questões constitucionais ocorreram, pois, segundo afirma Gisele Cittadino<sup>9</sup>, “Nos meses que antecederam a Constituinte, foram inúmeros os juristas que, através da imprensa, clamavam pela necessidade de conferir ao Supremo Tribunal Federal atribuições jurídico políticas de uma Corte Constitucional.”. Mas apesar dos esforços ensejados, a proposta de uma corte exclusivamente constitucional fora entendida como motivo de exagerada perda de atribuições e prestígio, o que fez com que os próprios membros do Supremo Tribunal Federal se opusessem a essa ideia e passasse a atuar fortemente junto aos constituintes no sentido de impedir a criação de um tribunal voltado somente às questões constitucionais.

Desse modo, além das demais atribuições que foram outorgadas constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal, esta Corte manteve também seu papel atuante no desempenho da jurisdição constitucional abarcando, como já dito anteriormente, um número exagerado de atribuições. Situação que se tornou alvo de críticas de diversos juristas como, por exemplo, Dalmo Dallari<sup>10</sup> que a respeito dessa questão se pronunciou no sentido de concordar com a ideia defendida pelos juristas da época, no sentido de conferir ao Supremo Tribunal Federal atribuições jurídico políticas de uma Corte Constitucional, assim dizendo:

O que se pode concluir disso é que, se fossem retiradas do Supremo Tribunal Federal as demais competências, deixando-lhe o controle da constitucionalidade, haveria muitas vantagens, pois suas pautas não estariam mais sobrecarregadas;

---

<sup>9</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.60.

<sup>10</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *1931 – O poder dos juízes* / Dalmo de Abreu Dallari. – 2. Ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 2002. P. 113.



ele poderia, com rapidez e eficiência, atuar como verdadeiro guarda da Constituição, impedindo a vigência de leis e atos inconstitucionais e responsabilizando os agressores da normalidade constitucional; e o Brasil poderia ter, afinal, uma Constituição efetivamente vigente e respeitada, o que contribuiria para a estabilidade política e a superação das injustiças sociais.

Diante desse contexto e amparado na ideia de o país viver sob a égide de um Estado Democrático<sup>11</sup>, em julgados inerentes à sua jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal brasileiro há pouco mais de uma década passou a inferir concretude a determinados direitos constitucionalmente protegidos e ainda não acessados por parte considerável da sociedade no Brasil, país “em que grande parte da população não tem garantidos os direitos mais elementares e depende do setor público para obter o mínimo exigido pela dignidade humana”.<sup>12</sup>

Essa é uma das situações que tem servido como um dos principais elementos a propulsionar essa mudança de performance nas decisões do Supremo Tribunal Federal nesses últimos anos, por não se ater à sua posição de legislador negativo nas respostas de algumas demandas que lhes são opostas e não se limitando somente em decretar a mora do poder omissivo, mas, passando a legislar no caso concreto por meio de decisões cujos efeitos são contra todos até o momento em que a norma integradora as substituam. Pois, segundo defende Louis Favoreu<sup>13</sup>, “não há justiça constitucional sem a necessidade de confrontar os atos do legislador nacional com a Constituição.”.

Um confronto que se faz necessário, porque sua ausência, ainda de acordo com o autor anteriormente citado, coloca em risco a ideia de jurisdição, conforme as palavras a seguir tecidas, por meio das quais diz que:

“Definitivamente, o que importa é que a Corte Constitucional afirme o Direito com autoridade de coisa julgada e que suas declarações de inconstitucionalidade possam terminar em anulações com efeito erga omnes. Em compensação, quando à Corte cabe apenas devolver a lei ao Parlamento, sem poder anulá-la, podemos duvidar que se trate de uma verdadeira jurisdição; não obstante, ao contrário, quando ela pode oficialmente reescrever a lei e substituir os dispositivos legislativos por seus próprios dispositivos, ela exerce então a função do legislador.”<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

<sup>12</sup> Idem. P.3.

<sup>13</sup> FAVOREU, Louis. *Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 28.

<sup>14</sup> FAVOREU, Louis. *Cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p.32.

As ideias trazidas por Louis Favoreu reforçam o debate em torno da necessidade de uma forte atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro em direção à concretização desses direitos protegidos pelo texto constitucional, no sentido de viabilizar a eficácia jurídica dos mesmos por meio de sua jurisdição constitucional. Ideias que ganham o mesmo sentido nas palavras de Gisele Cittadino<sup>15</sup>, para quem:

O debate constitucional que ocorre tanto nos Estados Unidos como na Alemanha, e que tanta influência causa no pensamento constitucional europeu e brasileiro, está basicamente centrado no tema da concretização da constituição, ou seja, em como tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Mais especificamente, a discussão refere-se à concretização do sistema de direitos assegurado pela constituição e à atuação da jurisdição constitucional em torná-lo eficaz.

A ausência de garantia dos mais básicos dos direitos no Brasil é situação que decorre de uma junção de fatores que passa pela visível inoperância do papel precípua do Poder Legislativo naquilo que diz respeito à sua função de legislar em prol da consecução de direitos que possam ser, de fato, socialmente fruídos. Ainda segundo palavras de Dalmo Dallari, essa é uma situação que perdura

“Desde o final do século passado, mas com muita evidência na segunda metade do século vinte, a experiência vem mostrando que o Legislativo não consegue a agilidade necessária para fazer novas leis e modificar as antigas com a mesma rapidez com que ocorrem as mudanças sociais.”<sup>16</sup>

Um resultado que decorre da imensa gama de questões sociais que se tornaram muito complexas nas sociedades atuais e, por isso, acabam sendo judicializadas. Não sendo diferente daquilo que ocorre em relação às persistentes omissões advindas de um Poder Executivo que se mostra, de mesmo modo, insuficiente no desempenho de seu papel, qual seja a realização de políticas públicas. Razões essas que marginalizam considerável parcela de uma sociedade que sofre por restar ainda carente dos direitos mais básicos como, por exemplo, os sociais. Estes, ainda que em tese sejam garantidos constitucionalmente,

---

<sup>15</sup>CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.p.25.

<sup>16</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *1931 – O poder dos juízes / Dalmo de Abreu Dallari*. – 2. Ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 2002. p.164/165.

necessitam de maior intervenção do Estado conforme assevera Mauro Capelletti<sup>17</sup>, dizendo que:

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente prolonga no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.

Sendo que esses são apenas alguns fatores que levam o Poder Judiciário, quando devidamente provocado, a interferir em políticas públicas e legislativas, desalinhando-se de suas competências precípuas tornando-o incompatível com a tradicional organização horizontal que existe em relação aos demais Poderes do Estado. Organização que se tornou arcaica, pois esse modelo de tripartição de poderes, ainda utilizado como base para a composição orgânica e funcional de vários Estados, não mais se ajusta às diversas realidades políticas e sociais apresentadas por grande parte das sociedades contemporâneas. Um anacronismo que, recorrendo mais uma vez dos ensinamentos de Dalmo Dallari<sup>18</sup>,

[...] pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o “Estado mínimo”, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados.

Essa dissonância se acentua ainda mais em relação ao judiciário, pelo fato de caber a este julgar questões que dizem respeito à legalidade dos atos do Executivo. O que faz germinar, como uma consequência natural, acusações de ingerência de um Poder sobre o outro. Aspecto que se reforça em relação ao Legislativo, que não fica de fora dessa anomalia, pois, no desempenho do exercício de suas atividades precípuas vem se mostrando evidente que o mencionado Poder “[...] não participa na fixação das prioridades do governo, não

---

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 41.

<sup>18</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – *O poder dos juizes* / Dalmo de Abreu Dallari. – 2. Ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 2002. p.3.

exerce controle sobre o Executivo e quase só aprova projetos de lei originários de iniciativas do Chefe do Executivo.”<sup>19</sup> Evidências que demonstram a clara debilidade do Poder Legislativo em relação ao Poder Executivo que o influencia sobremaneira.

As dificuldades em ocultar ou negar a ocorrência dos fatos acima ilustrados acentua a ideia de que a construção desse novo modelo de revisão judicial apresentado pela atual Constituição brasileira pode se sustentar também na finalidade de proteger o próprio Legislativo do uso indevido de suas prerrogativas que sofre sob a influência direta do Executivo. Momento em que surge o direito de o Judiciário dizer a última palavra relativamente às questões que possuem fundamentos em ações ou inações que decorram dos demais Poderes, quando para tanto requisitado. Quando se fará necessário impor certos limites ao exercício das ações constitucionalmente outorgadas ao Legislativo, visto que vários de seus atos que se tornam alvos de revisão por parte do judiciário são frutos da ingerência que sofre por parte do Executivo. Poder este, que com a finalidade de obter os resultados pretendidos em suas ações dependerá, necessariamente, da assunção por parte da maioria daqueles que compõem o Poder Legislativo que, a seu turno, se torna responsável direto pelo ato cometido em razão de uma poderosa influência.

Nesse sentido, ao entender a revisão judicial das ações do Executivo e do Legislativo como importante forma de judicialização da política e não se preocupando com a sobreposição do judiciário sobre os dois primeiros, Torbjörn Vallinder<sup>20</sup> diz que:

[...] a base do *judicial review* da ação do legislativo é normalmente a constituição codificada do país. Uma vez que esse documento foi promulgado pelo legislativo ou, como nos Estados Unidos, por uma convenção constitucional, essa forma de *judicial review* envolveria de fato manter o legislativo dentro de seus limites apropriados como disposto na constituição e, assim, protegê-lo do mau uso de seus poderes.”

---

<sup>19</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – *O poder dos juízes* / Dalmo de Abreu Dallari. – 2. Ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 2002. p.5.

<sup>20</sup> VALLINDER, Torbjörn. Artigo: *A judicialização da política: um fenômeno mundial*. Judicialização da Política / organização Luiz Moreira. – 1. Ed. – São Paulo : 22 Editorial, 2012. p. 17.

Em decorrência da situação acima exposta, como consequência, algumas decisões do Poder Judiciário, por versarem sobre questões sociais tornadas emblemáticas, têm gerado o que a doutrina e jurisprudência convencionaram denominar como expansionismo jurisdicional. Uma tendência advinda de uma mudança de paradigma relacionada às decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal que, no efetivo exercício de sua jurisdição constitucional, objetiva sanar a não fruição de direitos fundamentais garantidos na Constituição baseada em omissões por parte do Poder Legislativo que não produziu a norma viabilizadora ou em razão de políticas públicas não realizadas pelo Poder Executivo.

Para que se possa haver uma ideia dos motivos pelo qual o judiciário vem absorvendo esse papel no tocante ao Poder Legislativo Jhon Ferejohn<sup>21</sup> sinaliza três fatores:

“Primeiro, os tribunais têm-se tornado cada vez mais capazes e dispostos a limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substantivos ao poder das instituições legislativas. Segundo, as salas de audiência passaram a servir cada vez mais de lugar para a realização de política substantiva. Terceiro, os juízes têm-se mostrado cada vez mais dispostos a regular a conduta da própria atividade política – seja esta praticada no ou ao redor do legislativo, de órgãos governamentais ou do eleitorado – ao criar e aplicar padrões de comportamentos aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e autoridades tanto eleitas quando nomeadas.”

Desse modo, o aumento da valorização dos tribunais constitucionais, ora largamente difundido, gerou um expansionismo jurisdicional que pode ser identificado pelo seu aspecto renovador no tocante à atuação do magistrado como legislador positivo, por não mais se deter ao caráter conservador de política judicial, ao deixar para traz dogmas como o da separação de poderes, mais precisamente. Fato este, que gera uma das grandes problemáticas relacionadas a esse expansionismo, a que gira em torno da criação na função jurisdicional, ou seja, “[...] trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito.”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> FERREJOHN, John. Artigo: *Judicializando a Política, Politizando o Direito*. Judicialização da Política / organização Luiz Moreira. – 1. Ed. – São Paulo : 22 Editorial, 2012. p. 63.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993 / Reimpressão, 1999. p.13.

Essa expansão, seja na forma de judicialização da política ou de ativismo judicial, experimenta a passagem para os tribunais dos mais diferentes casos que se tornaram alvos de polêmicas, controvérsias surgidas no seio de sociedades de Estados considerados democráticos, onde não mais se vislumbra a existência de controvérsias políticas, seja de natureza pública ou legislativa, que não possam, em algum momento, se tornar uma questão que venha a ser solucionada judicialmente. Porque, se levado em conta esse novo direito constitucional que se identifica como um novo modo de realizar política por meios que não os habituais, formador de uma nova postura para a jurisdição constitucional que se constrói por meio de atividades tratadas, no presente trabalho, como espécies do gênero expansionismo jurisdicional, quais sejam a judicialização da política e do ativismo judicial. Pois, “de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de garanti-los.”<sup>23</sup>.

### 2.3

#### **Judicialização da Política e Ativismo Judicial como espécies do Gênero Expansionismo Jurisdicional.**

Para tratar do expansionismo jurisdicional como gênero das atividades que vêm sendo desempenhadas ao longo dessa última década na órbita do Supremo Tribunal Federal em relação à atividade de entrega da prestação jurisdicional em decorrência do desempenho no efetivo exercício de sua competência para decidir questões que decorram de sua atuação como tribunal constitucional é importante ilustrar, de maneira individualizada, as duas atividades que surgem como espécies para sua formação como gênero, quais sejam a judicialização da política e o ativismo judicial. Estes, que se desenvolvem em decorrência dessa recente postura que se forjou em razão de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que,

---

<sup>23</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes . *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 101.

por se diferenciarem das demais em decorrência dos alcances atingidos pelas mesmas, irromperam os limites impostos pela ideia liberal de tripartição de poderes que ampliou consideravelmente o âmbito de ação desse Tribunal, elevada a patamares ainda não experimentados no judiciário brasileiro ao tornar concretos os seus efeitos.

### 2.3.1

#### **Distinções Entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial.**

Por não ser tarefa simples, a de dissociar as questões pertinentes à judicialização da política do debate que se promove relativamente ao ativismo judicial, é que se faz necessário distinguir as referidas expressões. Isso, devido o fato de as mesmas se encontrarem intrinsecamente ligadas a alguns fatores como, por exemplo, a existência de um sistema de separação de poderes, a utilização dos tribunais pelos partidos políticos e, por fim, a ausência de eficácia por parte de algumas instituições que deveriam cumprir seu papel e não o fazem ou cumprem de forma deficitária não respondendo aos anseios daqueles que esperam por ações pelas quais essas instituições foram criadas e, por um motivo ou outro, não conseguem atingir seus propósitos insistindo, assim, em continuar à margem de uma legalidade por elas próprias criadas. O que leva à reflexão de Celso Fernandes Campilongo, que sintetiza brevemente dizendo que:

“Do prisma formal, a Constituição Foi pensada como se a transição para a democracia estivesse consolidada. Da perspectiva material, percebe-se as dificuldades na estabilização econômica, no redimensionamento do Estado e na retomada do crescimento. Daí o impasse, vivido de modo acentuado no Brasil, da compatibilização entre estruturas políticas formalmente democráticas e a incapacidade de implementar decisões econômicas. A expectativa que se tem é a de a Constituição e o Direito ofereçam caminhos democráticos para a superação da crise.”<sup>24</sup>

São situações que ocorrem por se tratarem de questões com origens distintas e diferentes formas de composições de conflitos que são levados a cabo pelo Judiciário fazendo com que convivam dois modelos de resoluções de conflitos divididos em princípios jurídicos e políticos que, embora diferentes entre

---

<sup>24</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes . *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max imonad, 2000. p. 56.

si, são indispensáveis numa democracia e faz das expressões ativismo judicial e judicialização da política espécies do gênero expansionismo jurisdicional, ainda que existam autores que não fazem quaisquer distinções a respeito dessas expressões identificando-as como sinônimas as contextualizando em relação às diferentes atividades sob uma mesma nomenclatura.

Assim, alguns autores costumam se utilizar de uma mesma expressão como, por exemplo, judicialização da política para os casos que identifiquem a própria atividade, bem como para outras questões que poderiam ser identificadas como ativismo judicial, sendo o critério adotado por José Einseberg<sup>25</sup> nesse sentido. De modo que persiste a necessidade de ser diferenciado terminologicamente por combinar duas dimensões postas a um só tempo sob uma mesma nomenclatura desencadeando um processo que, ainda que composto por dois movimentos, denota certa complexidade do mesmo. Pois, para esse autor

[...] a judicialização corresponde ao processo de “infusão de processos decisórios jurídicos e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes”. Assim, a judicialização da política é um processo composto de dois movimentos distintos: (1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, esse segundo movimento é mais bem descrito como uma “tribunalização” da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento.

O mesmo autor, ainda com a finalidade de trazer fundamentos à ideia de se realizar essa diferenciação terminológica a respeito desse fenômeno prossegue dizendo que é

“[...] em virtude dos diferentes processos genéticos que explicam o advento de cada um deles, já que a judicialização diz respeito a uma transformação das normas e das formas de atuação dos membros do Poder Judiciário, enquanto a tribunalização se refere a transformações no âmbito dos outros Poderes e seus membros.”<sup>26</sup>

<sup>25</sup> EINZEMBERG, José. Artigo: “*PRAGMATISMO, DIREITO REFLEXIVO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA*” A democracia e os Três Poderes no Brasil / Luiz Werneck Vianna, organizador. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002., Autor: p. 47.

<sup>26</sup> EINZEMBERG, José. Artigo: “*PRAGMATISMO, DIREITO REFLEXIVO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA*” A democracia e os Três Poderes no Brasil / Luiz Werneck Vianna, organizador. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002., Autor: p. 47.



Esses movimentos decorrentes da Judicialização da política, acima identificados por José Einseberg como politização do judiciário e tribunalização da política se relacionam, nas palavras de Luiz Werneck Vianna<sup>27</sup>, respectivamente, como judicialização *em sentido amplo* e judicialização *em sentido estrito*. Expressões essas, que sofrem diferenciações em seus significados. Quando se pode extrair das palavras do autor o entendimento de que

“Em sentido estrito, a judicialização tem se generalizado como linguagem e meio de comunicação no espaço dos ramos da administração pública, que internaliza seus procedimentos e rituais no exame dos contenciosos com que se defronta. Sintomaticamente, um dos seus movimentos mais usuais na cena brasileira se dá no interior do próprio Poder Legislativo, nas comissões parlamentares de inquérito, instrumento de largo prestígio na opinião pública e entre parlamentares, principalmente nas bancadas de representação minoritária, que chegam a recorrer a instâncias judiciais quando a maioria congressual se recusa a instalá-las.”

Já *em sentido amplo*, assevera Luiz Werneck Vianna que, “[...] tem-se chamado de judicialização da política, o exercício por parte de tribunais ou de cortes de justiça, sempre por provocação da sociedade, do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo.”<sup>28</sup>. Ou seja, são definições dos conceitos que induzem a ideia de que, para esse autor, a judicialização da política *em sentido amplo* significa algo que gira em torno daquilo que pode ser entendido como ativismo judicial e, *em sentido estrito*, é o que se convém designar por judicialização da política propriamente dito.

Para Luís Roberto Barroso<sup>29</sup> judicialização da política, ou seja, a judicialização em sentido estrito “[...] significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Esse autor entende tratar-se de uma passagem de poder para instituições judiciais em detrimento dos demais Poderes. Salienta, ainda, que “[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa

<sup>27</sup> AVRITZER, Leonardo. *Dimensões Políticas da Justiça* / Leonardo Avritzer... [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 209.

<sup>28</sup> AVRITZER, Leonardo. *Dimensões Políticas da Justiça* / Leonardo Avritzer... [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 207.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 446 p. p. 366.

do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”<sup>30</sup>. E, a fim de justificar o que disse a respeito dos fenômenos que derivam do expansionismo do Poder judiciário, o autor traz mais alguns exemplos de expansionismo e sintetiza ensinando que:

“A judicialização ampla, portanto, é um *fato*, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo.”<sup>31</sup>

Isso demonstra a dicotomia do expansionismo jurisdicional que se desenvolve por meio de suas subespécies aqui denominadas por judicialização e ativismo judicial. Diferentemente das ideias desenvolvidas por José Einseberg e Luiz Werneck Vianna que, apesar de intentarem as mesmas ideias, as transmitem por meio de expressões únicas. O que, como já dito anteriormente, decorre do fato de as mesmas se encontrarem intrinsecamente ligadas a questões como a utilização dos tribunais pelos partidos políticos, as omissões provenientes do Poder Legislativo, bem como a ausência de políticas públicas por parte do Poder Executivo.

Portanto, essas são situações que sinalizam para a ausência de representatividade do sistema político brasileiro que se revela “[...] pela incapacidade dos partidos políticos promoverem grandes agregações de interesses numa sociedade complexa, heterogênea e marcada por clivagens econômicas, culturais e regionais tão gritantes.”<sup>32</sup>. Motivos estes que, a seu turno, geram as

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 446 p. p. 371.

<sup>31</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 6 de junho de 2012.

<sup>32</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 56.

dificuldades que encontram grande parte da sociedade que não usufrui dos mais básicos dos direitos garantidos na Constituição Federal de 1988.

### 2.3.2

#### **O Cerne da Judicialização da Política e do ativismo judicial.**

Como visto até o presente momento deste trabalho as atividades expansionistas que se desenvolvem no âmbito do Supremo Tribunal Federal por meio de suas duas espécies necessitam de motivações distintas para que cada uma delas possa ter ensejo. Em sendo assim, a judicialização da política pode ocorrer quando representantes do Poder Legislativo se deparam com questões tornadas irremediavelmente políticas, caracterizadas não só por uma profunda divisão da opinião daqueles que compõem uma determinada sociedade, mas também por uma conseqüente dificuldade de pacificação no interior dessa mesma sociedade que, por si só, não mais dá conta de solucionar os conflitos que surgem inerentes à questão que se tornou incontroversa. Isso, frente uma clara impossibilidade de reagir que ocupa os diversos seguimentos dessa sociedade que não mais dão conta em revertê-las por terem se tornado de difícil solução por revelar aspectos peculiares que por muitas vezes dificultam a normal convivência entre as pessoas subvertendo a ordem social desejada.

Essas controvérsias se apresentam através de questões das mais diferentes ordens, que podem derivar de divergências culturais, econômicas e sociais que fugiram do autocontrole natural existente no interior de cada sociedade, se expandindo ao ponto de a questão controversa ser elevada a patamar de política judicial. O que ratifica a ciência de que a elaboração de um documento legal poderá servir de resposta para uma crise social instalada e passe a funcionar como instrumento fornecedor de maior fluidez às relações sociais intersubjetivas eliminando as aparentes dificuldades de convívio que se fez presente entre os que vivem em sociedade. Em suma, servir como instrumento que traga paz e impulse o desenvolvimento verso à pacificação das relações sociais.

Assim, diante de um contexto que se desenha desfavorável e, ao entender que a partir de então a assunção de um determinado posicionamento legal poderá

trazer prejuízos políticos aos partidos, bem como aos nomes de seus membros, o Poder Legislativo busca retirar de si essa carga e relega ao Poder Judiciário o dever de se pronunciar a respeito da questão que se tornou política. Essa transferência de responsabilidade passada do legislativo para o judiciário ocorre por serem questões que envolvem grandes controvérsias sociais carecedoras de um posicionamento legal que a defina, seja favoravelmente ou não. Ideia que se subsumi aos ensinamentos de Luiz Roberto Barroso<sup>33</sup>, que se passa a transcrever como comentário que se encaixa perfeitamente à situação anteriormente aludida ao trazer como proposta subsídios à ideia acima desenvolvida. Quando diz esse autor que:

“[...] atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.”

Esse tipo de situação sinaliza para o fato de que são os próprios partidos políticos a recorrerem ao Poder Judiciário com o claro intuito de se esquivarem da responsabilidade de uma possível repercussão social negativa gerada em decorrência de um determinado posicionamento tomado pelo Poder Legislativo a respeito de uma problemática social que se tornou política em razão das proporções alcançadas frente à peculiaridade da questão. O que poderia levá-lo ao descrédito social.

“Além disso, a judicialização da política promove o entrincheiramento constitucional de direitos: tanto o Executivo quanto o Legislativo podem, mediante apoio (deliberado) a esta estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, os quais dificilmente seriam decididos favorável, seja porque não há consenso seja porque não foram suficientemente debatidos. A judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade, por exemplo.”<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 446 p. p. 368.

<sup>34</sup> *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*,/ Vanice Regina Lírio do Valle (org.)./ Curitiba: Juruá, 2009. p. 42.

No Brasil é grande o número de discussões politicamente relevantes que caracterizam uma forte judicialização, sejam elas de cunho moral ou social, que estão sendo discutidas ou já foram realizadas suas conclusões no âmbito do Poder Judiciário. Questões como as pesquisas com células tronco embrionárias (ADI 3.510-DF), interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF), demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR) dentre outras várias questões de igual envergadura social e moral. De onde se pode depreender, ainda que tênue, a presença de uma peculiar distinção entre os fenômenos que caracterizam o expansionismo jurisdicional do Poder Judiciário. No que se pode concluir com a ideia de que

a judicialização da política é em grande parte produto de escolhas, interesses ou considerações estratégicas concretas de gente poderosa com interesses políticos e pessoais. Do ponto de vista dos políticos, delegar autoridade política pode ser um meio eficiente de transferir responsabilidade e, com isso, reduzir os riscos a si próprios e ao aparato institucional do qual trabalham.

Nesse mesmo diapasão, não é diferente o ativismo que tem nascedouro em demandas direcionadas ao Poder Judiciário, fundadas no intuito de que seja suprida a ausência de realização de determinada obrigação de responsabilidade inerente aos demais Poderes como, por exemplo, a criação de normas que tenham intuito em viabilizar o exercício de liberdades constitucionais não fruídas em razão da ausência dessa norma, bem como a omissão de realização de determinadas políticas públicas de competência do Poder Executivo. Quando existem manifestações por parte do Supremo Tribunal Federal que se relacionam a precedentes, exemplos de ativismo judicial, com decisões sobre a exigência de fidelidade partidária e sobre a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Questões estas, julgadas pelo Judiciário em razão da clara ausência de normas de competência típica do Poder Legislativo.

Conforme ilustra Ran Hirschl<sup>35</sup>, “a judicialização da política continua a ser amplamente retratada como sinônimo de jurisprudência de direitos e ativismo judicial no estilo norte-americano.”, Fato que denota que o ativismo judicial e a

---

<sup>35</sup> HIRSCHL, Ran. Artigo: *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*, *Judicialização da Política / organização Luiz Moreira*. – 1. Ed. – São Paulo : 22 Editorial, 2012. p. 27.

judicialização da política possam ser entendidos como espécies do gênero expansionismo jurisdicional e serão, sob esta nomenclatura, tratados no presente trabalho independentemente de qual seja a subespécie a ser trabalhada. Ideia que acompanha o modo pelo qual o assunto é tratado pela doutrina, bem como pela jurisprudência nos momentos em que, na realidade, se referem a uma dessas duas atividades anteriormente relacionadas, quais sejam a judicialização da política ou o ativismo judicial que ora se passa a diferenciar.

## 2.4

### **Expansionismo Jurisdicional: os motivos determinantes.**

Remetendo-se às decisões provenientes do efetivo exercício da *jurisdição constitucional*<sup>36</sup> – expressão que designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais – pelo Supremo Tribunal Federal, não é difícil de concluir a importância que as mesmas vêm ocupando nos cenários jurídico, político e social do país. E isso se deve ao fato de a legitimação democrática estar fortemente ligada às problemáticas surgidas no âmbito em que se situam a separação dos poderes e a legitimação das decisões judiciais, por ser esse o espaço onde se busca dirimir celeumas que têm suas origens no desenvolvimento das relações entre o processo político majoritário e o processo de interpretação da Constituição. Pois, segundo argumenta Konrad Hesse<sup>37</sup>:

“A política interna afigura-se, em grande medida, “judicializada”. A argumentação e discussão constitucional assumem particular significado tanto na relação entre União e Estados, quanto na relação entre diversos órgãos estatais e suas diferentes funções. Embora elas pareçam, por natureza, refratárias a uma regulamentação jurídica, até mesmo as forças que imprimem movimento e direção à vida política – os partidos políticos – estão submetidos à ordem constitucional. Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição Jurídica sobre o postulado da soberania popular. O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido – que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a conferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado.”

<sup>36</sup> BARRSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

<sup>37</sup> HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991. p.28.

O processo político majoritário revela uma Constituição resultante de um processo político decisório único, herdado da teoria de democracia iluminista que se apoiou na ideia de povo soberano investido no poder de guarda da Constituição, reservada sua competência para o poder constituinte permanente relegando as mudanças da sociedade aos atos decisórios políticos vindos, contudo, “de cima”. Questão interessante que encontra abrigo nas linhas escritas por Gisele Cittadino<sup>38</sup>, onde afirma que:

Não há dúvidas de que a função de guardião da constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o supremo Tribunal Federal. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especificamente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, uma ação de inexorável repercussão política.

Enquanto na soberania popular a diferença repousa na ideia de hegemonia do Direito e da Constituição. Pois, segundo aquilo que ensina Ingeborg Maus<sup>39</sup>,

“É, sobretudo, essa noção de soberania do Direito e da Constituição, respectivamente, e não a do “povo” que converte, de fato, o renascimento atual do direito de resistência em uma volta ao passado. A práxis e, ainda mais, a autointerpretação dos movimentos democráticos de base amparam, elas próprias, a tendência dominante contra a qual se voltam, ao se adaptarem à dicotomia existente entre processos decisórios sistematicamente autonomizados e reação social puramente negatória e se servem, para a articulação de suas recusas, de formas de ação que corroboram, como resultado, a evolução dominante do Estado judicialista.”

Desnatura-se, portanto, a ideia que há de que somente o Direito posto democraticamente pode ter legitimidade, contribuindo para a evolução do Direito as decisões provenientes dos tribunais que buscam adaptar-se ao dinâmico desenvolvimento da sociedade, conformando-se com a ideia de soberania popular que ganha conotação filosófica como de constante revisão constitucional que, vinda “de baixo”, parte de uma nova ideia de sociedade que, contrária ao Estado,

<sup>38</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.p.59/60.

<sup>39</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*. Coleção Conexões Jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2010.p.157.

neste ponto, deixa de se vincular à Constituição em determinados aspectos, uma inversão que se revela, também, nas palavras de Norberto Bobbio<sup>40</sup>, pois,

“[...] quando consideramos a relação política não mais do ponto de vista do governante, mas do governado, não mais de cima para baixo, mas de baixo para cima, onde o “baixo” não é mais o povo como entidade coletiva, mas são os homens, os cidadãos que se agregam com os outros homens, com outros cidadãos, para formar uma vontade geral [...]”

Desse modo, a questão ora estudada dá-se em razão das seguidas incursões realizadas pelo Poder Judiciário, quando devidamente provocado, em atos de ordem dos demais Poderes, combatendo-os quando eivados de inconstitucionalidades formais ou materiais, preenchendo uma lacuna que provenha de omissão dos demais Poderes e que foi diagnosticada por gerar para o cidadão ou determinado grupo social o impedimento do exercício de um direito constitucionalmente garantido. E realiza-se por meio de ações que decorrem desse novo sistema de revisão judicial presente na atual Constituição brasileira, formador de um ambiente propício às discussões favoráveis e contrárias a respeito desse expansionismo jurisdicional que se desenvolve por meio das espécies que o representam de acordo com o anteriormente discutido, quais sejam a judicialização da política e o ativismo judicial.

O expansionismo jurisdicional se materializa sob a forma de intensificação da participação na concretização dos valores e finalidades constitucionais pelo Poder Judiciário, que a seu turno se imiscui no âmbito de atuação dos demais Poderes no intuito de que haja a conformação entre o mundo fenomênico e a abstração constitucional. Pois,

“A coincidência entre ser e dever ser se realiza mediante a fusão entre a dogmática jurídica e os propósitos universais de reconhecimento pleno do ser humano, operados pelas constituições, porque o primado do constitucionalismo instaura a crença de que a norma constitucional perpassaria todo o ordenamento de modo que o Direito passa a ser conjugado como uma explicitação dos propósitos postos na e pela Constituição. Assim, a vida privada e seus negócios, a esfera pública e os pleitos por restrição à interferência estatal, reveladores de certa desconfiança perante o Estado (as garantias constitucionais), são postos sob

---

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto, *1909 - A era dos direitos* / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. p. 225.



a mesma rubrica constitucional. A Constituição seria a grande síntese a realizar a pluralidade na unidade, revitalizando o ideal de plenitude do ordenamento jurídico.”<sup>41</sup>.

No que se pode concluir que o expansionismo jurisdicional praticado pelo Supremo Tribunal Federal pode ser considerado como atividade voltada a realizar a missão constitucional, que se desenvolve por meio da busca em materializar os anseios pluralizados sob o conjunto das unidades formadoras de uma determinada sociedade que, para tanto, necessita de obter o devido respaldo presente na abstração das linhas da Constituição.

Movimento que passou a ocorrer somente após o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004 – a qual se convencionou denominar como “Reforma do Judiciário”, quando o Supremo Tribunal Federal iniciou a adotar postura mais ativista ao criar uma nova margem de competência jurisdicional que alargou os seus próprios limites, adentrando em espaços e assuntos antes respeitados por se tratarem de atribuições, por competência, reservadas aos demais Poderes. Uma tradição fortemente respeitada em razão do princípio da separação de poderes, herança liberal atualmente questionada em razão das complexidades apresentadas por meio de questões que se originam nos âmbitos das sociedades contemporâneas, tidas como complexas.

A respeito da modalidade de atuação exercida pelo Supremo Tribunal Federal se pode ainda vislumbrar a presença de outras motivações para o seu desencadeamento. O que torna oportuna a necessidade de explicitar que esse fenômeno vem ocorrendo, não só em decorrência das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, mas, de mesmo modo,

“[...] pela própria mudança da composição do Supremo Tribunal Federal a partir de 2003, é possível perceber uma espécie de ativismo judicial, eminentemente formal e preocupado com a redefinição das competências do próprio STF, como um processo autônomo por parte de nossa jurisdição constitucional.”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro* - ed. Lumen júris Rio de Janeiro 2007 p. 85.

<sup>42</sup> Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal, / Vanice Regina Lírio do Valle (org.) / Curitiba: Juruá, 2009. P. 37.

Enfim, a crescente onda de constitucionalização dos direitos fundamentais que se soma ao intenso fulcro por parte dos órgãos judiciais em efetivá-los. O que denota a relevância desse tema que se mostra de grande interesse, fruto de bastantes discussões que ultrapassam as barreiras do direito, chegando a se tornar tema de interesse de outras ciências. Pois, de acordo com as palavras de Luiz Werneck Viana,

“A visível e crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e a sociabilidade da vida contemporânea tem sido objeto de uma vasta produção que não mais se contém no seu campo específico de conhecimento, tornando-se matéria corrente da reflexão de vanguarda da teoria social e da filosofia política.”<sup>43</sup>

Apesar da relevância das razões até o momento levantadas, existe ainda a presença de outros fatores que influenciam no desenvolvimento do expansionismo jurisdicional no Brasil. Um tema que tem se revelado de grande interesse conforme ressaltam Gisele Cittadino e Helena Colodettia a respeito do ativismo judicial e da judicialização da política, quando as autoras chamam atenção para a importância do papel desempenhado por essas atividades no que diz respeito aos fins que ensejam e alertam para o fato de que:

“[...] É exatamente por isso que, nos últimos quinze anos, temas como “judicialização” da política, “judiciabilidade” de atos políticos, ativismo judicial ou governo dos juízes tanto têm frequentado não apenas os textos acadêmicos como, especialmente, as páginas dos jornais. Não resta dúvida que a Constituição de 1988, representando aquilo que já foi designado como a “força do direito”, exerce um papel significativo nesses processos na medida em que viabiliza uma cidadania juridicamente participativa, que provoca o Poder Judiciário no sentido de buscar a efetivação das normas garantidoras dos direitos fundamentais.”<sup>44</sup>

Assim, as especificidades desse fenômeno político denominado como expansionismo jurisdicional desembarcaram no Brasil e vêm se tornando, cada vez mais, objeto de interesse de estudo, pois a influência exercida pelos efeitos concretos dessas decisões sobre a sociedade geram profundas modificações por

---

<sup>43</sup> *A democracia e os Três Poderes no Brasil* / Luiz Werneck Vianna, organizador. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 340.

<sup>44</sup> CITTADINO, Gisele e COLODETTI, Helena. Artigo: *Separação de Poderes no Brasil Contemporânea* de autoria de disponível no “site”: [http://www.cis.pucRio.br/cedes/PDF/abril\\_2013/Separacao\\_de\\_Poderes\\_no\\_Brasil\\_Contemporaneo.pdf](http://www.cis.pucRio.br/cedes/PDF/abril_2013/Separacao_de_Poderes_no_Brasil_Contemporaneo.pdf).

atingir diretamente as vidas dos que dela participam, deixando a abstração das linhas da Constituição para a realidade social.

É muito claro que os motivos para o expansionismo jurisdicional hoje experimentado no Supremo Tribunal Federal, apoiados por esse novo modo de pensar o direito constitucional, não se resumem somente às questões anteriormente aludidas. Existe, ainda, a presença de outros fatores que concorrem para o crescimento da atuação judicial engrossando a fila das causas para o crescimento do fenômeno que, de mesmo modo, se apresenta por meio das ceulemas que se desenvolvem em razão das multiplicidades étnicas, culturais e econômicas que de fato podem coexistir no interior de uma mesma sociedade caracterizada por diferentes paradoxos materializados nas mais diferentes formas de modo a levar ao rompimento de paradigmas que levam a dividir as opiniões dos cidadãos no interior das mesmas.

Além das razões acima ilustradas, várias outras podem a elas se juntarem para explicar o fenômeno de transformação das sociedades contemporâneas e demonstram a peculiar complexidade que existe como uma das grandes características que as revestem. Pois, “uma rápida observação retrospectiva dos acontecimentos deste século revela que ocorreram fatos determinantes de profundas mudanças nas relações sociais. Duas guerras mundiais, provocando enormes deslocamentos de populações e grandes transformações.”<sup>45</sup>. Nessa mesma perspectiva, prossegue Dalmo Dallari<sup>46</sup>, dizendo que

“a complexidade da vida contemporânea, tanto no espaço público como no espaço privado; o pluralismo de visões, valores e interesses que marcam a sociedade atual; as demandas por justiça e pela preservação dos direitos fundamentais; as insuficiências e deficiências do processo político majoritário – que é feito de eleições e debate público; enfim, um conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciaram decisivamente o modo como o direito constitucional é pensado e praticado.”

---

<sup>45</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931 – *O poder dos juízes* / Dalmo de Abreu Dallari. – 2. Ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 2002. p. 06.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 288.

Isso denota a maneira pela qual se caracterizam as sociedades contemporâneas, dentre as quais pode ser incluída a brasileira, também pode ser contextualizada como exemplo de sociedade plural, de acordo com o que diz o preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988, que defende a ideia de “[...] uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”<sup>47</sup>. Lugar comum em que se intensifica, com bastante incidência, uma natural dificuldade em se atingir um consenso político quando a finalidade visada é o alcance das garantias para a fruição dos vários direitos denominados como fundamentais. Fato que proporcionou o início de uma nova maneira de interpretação pelo Poder Judiciário que passou a exercer novos papéis até então inéditos, instaurando um novo panorama de atuação plasmado por uma situação de crise institucional evidenciada como base da causa para o expansionismo jurisdicional, por serem essas relações ressentidas pela sociedade. Pois, de acordo com o que assevera Anotonie Garapon<sup>48</sup>:

“[...] Sublinhou-se, então, o amplo consenso quanto à configuração de um novo panorama mundial, caracterizado pela incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça. A crise do *Welfare state* nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. A emergência do judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.

De onde se pode concluir, pelas palavras do autor, que a realização da democracia deve passar pela justiça, local onde deve ser pleiteada. Revelando-se a justiça como local para onde devem ser levados os inúmeros embates que se originam das mais diferentes situações de fato ou de direito surgidas entre os que

---

<sup>47</sup> Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, disponível no “site” [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

<sup>48</sup> GARAPON, Antonie, *1952- O juiz e a democracia: O guardião das promessas* / Antonie Garapon; tradução Maria Luiza de Carvalho, - Rio de Janeiro: Reva, 1999, 2ª edição, maio de 2001.

lutam incessantemente pelos seus direitos e aqueles que devem, por instituição, construir os meios para buscar sua fruição criando os caminhos para que esses direitos possam ser fruídos por parte daqueles que compõem uma determinada sociedade e encontram-se ainda privados dos mesmos. O que permite a conformação dessa ocorrência ao fato de que, independentemente de onde esse fenômeno ocorra,

“Se observarmos o que se passa no âmbito da justiça constitucional, seja nos países europeus – Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha –, seja nos Estados Unidos, seja em muitas das jovens democracias latino-americanas, é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como “ativismo judicial” é mais favorecido em face das “práticas de criação jurisprudencial do direito e da influência política do juiz” (Werneck Vianna, 1996:274), nos países de sistema continental, os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falar em um “direito judicial” em contraposição a um “direito legal.”<sup>49</sup>

O que demonstra uma ideia de que esse movimento expansionista por parte do judiciário é atividade que tende a restar por um longo período no panorama político institucional que induz uma forma de ascendência da atividade judicial. Pois, o imenso número de demandas sociais, as infinitas e impensáveis questões que podem vir a ocorrer e sobre tudo o fato de que não há como prever todas as situações fáticas sociais que poderão se tornar judicialmente relevantes a ponto de serem normatizadas. Quando se deve levar em consideração que a lei não consegue ter respostas para a infinidade de questionamentos gerados pelos caminhos que traçam as sociedades contemporâneas.

Esses são fatos que derivam de uma noção já bastante assentada de que o direito evolui de maneira descompassada em relação à evolução do comportamento da sociedade de onde ocorrências no mundo dos fatos reputadas importantes influenciam por fornecer subsídios para a construção jurídica que vai ajudar a reger o comportamento dessa mesma sociedade que pugna, por vezes,

---

<sup>49</sup> CITTADINO, Gisele. Artigo: *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Livro: *A democracia e os Três Poderes no Brasil* / Luiz Werneck Vianna, organizador. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17.

pela necessidade de um pragmatismo jurisdicional que é traduzido como uma característica dessa nova interpretação de supremacia constitucional, onde a Constituição se tornou objeto de convergência e a ela o jurídico e o político devem se amoldar.

Assim, ao perceber a distinção existente entre o direito posto e o fato social, se passa a compreender a presença do expansionismo jurisdicional que aparece como uma consequência, fazendo-se presente a necessidade de evidenciar as motivações para seu surgimento, existência e prosperidade, suas causas em suma. Sendo que, a história política e constitucional do Brasil poderia tão somente servir de causa, base para os presentes argumentos, fornecendo subsídios para as consequências desses fenômenos, quais sejam o ativismo judicial e a judicialização da política, revelados pelo expansionismo jurisdicional.

Levando-se em conta que o Brasil possui uma história política que desde seus primeiros passos trouxe como característica marcante uma concentração do poder exercida pelos chefes do Poder Executivo, que ao longo do tempo se alternaram, seja no período do Brasil Império, no período republicano com Getúlio Vargas, ou ainda, com o autoritarismo dos militares, revelando momentos que ficaram marcados pelo descaso dos preceitos de cunho fortemente sociais que caracterizavam e ainda caracteriza vivenciada pela atual Constituição brasileira. Fatos históricos que foram registrados por Luiz Roberto Barroso nas seguintes palavras:

“No início e em meados da década de 80, na América Latina, ainda sob o signo do autoritarismo militar e do anticomunismo truculento, o direito constitucional vagava errante entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, plena de razões e em nome da causa da humanidade, a teoria crítica denunciava o direito como legitimador do status quo, instrumento puramente formal de dominação, incapaz de contribuir para o avanço do processo social e para a superação das estruturas de opressão e desigualdade. De outro lado, o pensamento constitucional convencional, mimetizado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista e puramente descritiva das instituições vigentes. Indiferente à ausência de uma verdadeira ordem jurídica e ao silêncio forçado das ruas, resignava-se a uma curricular desimportância. Cada uma dessas vertentes – a crítica e a convencional – , por motivos opostos, desprezava as potencialidades da Constituição como fonte de um verdadeiro direito.”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2006.

As palavras do autor, acima citado, corroboram a ideia de que o Brasil sempre teve, como uma de suas características mais marcantes, um Poder Executivo concentrador que no decorrer das várias Constituições jamais demonstrou grande apreço pelo trabalho de elaboração desses documentos “magnum”, desrespeitando-os e negando-lhes legitimidade ao adotar medidas na contramão daquilo que preceituavam. Pois, ao abordar sobre o problema da legitimidade da Emenda nº 1 que substituiu a Constituição de 1967 e passou a ter status de Constituição fortalecendo ainda mais o Poder Executivo revolucionário<sup>51</sup>, Paulo Bonavides Paes de Andrade<sup>52</sup> retratou esse desrespeito dizendo que “É o Governo com a supremacia do Executivo, iniciando uma fase que o problema de legitimidade constitucional o preocupava, mas nem por isso o levou a considerar os protestos da sociedade contra a concentração autoritária de poder.”

Esse foi um período conturbado onde “A tentativa do remanescente grupo “legalista” de preservar a Carta de 1967 foi superada pela irresistível pressão “linha dura” num mundo já convulsionado por protestos em Paris, Berkley, Berlim e Tóquio. Com o AI-5 a institucionalização da repressão militar e do terror. O golpe dentro do golpe.”<sup>53</sup>. Fatos esses, que retratam somente uma das formas de se impor de um Poder Executivo que, ainda hoje, mesmo após o advento da nova Constituição Federal de 1988, não se livrou desta situação de supremacia diante da fragilidade que ainda subsiste para contrastá-lo, revelando que continuam impregnados de vícios. Pois, tendo trazido o Texto Constitucional de 1988 a ideia de um autêntico Estado de Direito e respeito às instituições, o mesmo enfrenta ainda o desafio de consolidar, no tecido social, vários dos direitos fundamentais ali prescritos.

O embate se mostra ainda latente frente a característica do atual Poder Executivo brasileiro que, “[...] ao retratar esta nova face, que tenta de todos os

---

<sup>51</sup> Em relação à expressão “Poder Executivo Revolucionário”, Paulo Bonavides se referia ao governo instituído pelo golpe ensejado pelos militares no ano de 1964, que durou até o ano de 1985.

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 443.

<sup>53</sup> CERQUEIRA, Marcello. *Cartas constitucionais: império, República Autoritarismo : ensaio, crítica, documentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 187 p. p. 135.

modos parecer a sua antiga. Um Poder Executivo que tenta fazer valer suas vontades utilizando-se de todo o aparato que lhes é dado em mãos.”<sup>54</sup>. Uma herança que traz incrustada de tempos remotos que parece não querer ir embora quando há a necessidade de se utilizar de sua forte influência para atingir suas finalidades, impondo-se ao ponto de, *ele* mesmo, gerar as dificuldades para a consolidação dos direitos fundamentais que se encontram encravados no bojo do texto constitucional e retarda o implemento da democracia social no país.

Sendo nesse sistema onde, segundo observação de Marcello Cerqueira<sup>55</sup>, “[...] o Supremo Tribunal Federal desempenha (deve desempenhar) o papel de órgão de soberania, compartilhando o governo do País com os demais poderes, afastada a posição subalterna que o regime militar o relegara e que a Constituição em vigor recuperou, ampliando seus poderes.”. Mesmo que tardiamente, como relata a seguir Luiz Werneck Vianna<sup>56</sup>:

Na sociedade brasileira, um caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente, a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade. Neste sentido, o direito não é “substitutivo” da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente. Décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social, desestimularam a participação, valorizando o individualismo selvagem, refratário à cidadania e a ideia de bem comum.”.

Embora o acima dito pudesse servir como base de lançamento para as causas do expansionismo jurisdicional no Brasil, essas são causas remotas ainda que insistentes em alguns aspectos como, por exemplo, as medidas provisórias que foram inseridas no modelo de sistema atual por intermédio do artigo 62 da Constituição Federal de 1988<sup>57</sup> onde está prescrito que “Em caso de relevância e

<sup>54</sup> CLEVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. 325 p. p. 79.

<sup>55</sup> CERQUEIRA, Marcello. *Controle do Judiciário*/Marcello Cerqueira – Rio de Janeiro : Revan/1995. p. 126.

<sup>56</sup> VIANNA, Luiz Werneck Vianna... [et al.]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil* / Luiz. – Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. p. 150.

<sup>57</sup> Artigo 62 “caput” da Constituição Federal de 1988 retirado do “site” da Presidência da República “[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)”.



urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”.

O preceito constitucional, apenas citado, restou evidenciado por Luiz Werneck Vianna<sup>58</sup> como uma forma de ativismo legislativo do Executivo que, “[...] por sua vez, encontrou no instituto das medidas provisórias, criado, como notório, para ser exercido em um contexto de regime parlamentarista, um dos seus mais poderosos instrumentos de regulação da sociedade, principalmente em matérias de natureza econômica.”. Razão pela qual se deu prosseguimento à outorga de considerável margem de poderes ao Poder Executivo que continuou, de certo modo, a dizer o que o Poder Legislativo deve fazer. O que, de certo modo, não se diferenciou muito das políticas ensejadas nos períodos de exceção pelos quais o país havia passado até então.

Essas são situações que revelam alguns dos fatores que criaram um ambiente propício para a atuação do Poder Judiciário que, ao ser acionado, possui um sofisticado sistema constitucional de controle, não só dos atos emanados do Legislativo, mas, de mesmo modo, daqueles atos provenientes do Poder Executivo quando o assunto gira em torno da ineficiência na distribuição de políticas públicas. Um aparato que se revela através do controle de competência por parte do judiciário, o qual, Marcos Paulo Veríssimo<sup>59</sup> optou por denominar como “segunda instância deliberativa”, ensinando que:

“Por sua vez, esse expressivo aumento no poder de determinação da política partidária por parte do executivo parece ter contribuído, lateralmente, para a construção de um ambiente institucional apto a atribuir aos órgãos judiciários uma espécie de “competência de controle” do novo e fortalecido executivo, transformando esses órgãos em um importante fórum de contestação de políticas públicas e projetos de governo, em uma espécie de “segunda instância deliberativa”, que passou a ser largamente utilizada tanto pela sociedade civil quanto pelos partidos de oposição”.

Assim, ainda que reduzida a fração de poder constitucionalmente dedicada ao Executivo, frente o advento de uma Constituição que inaugura a observância

---

<sup>58</sup> VIANNA, Luiz Werneck Vianna... [et al.]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil* / Luiz. – Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. p. 49.

<sup>59</sup> VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira””. *Revista Direito GV* 8. São Paulo/ jul-dez 2008. P. 408 /409.

do estado de direito e uma maior igualdade entre os poderes, é patente o fato de que sua intromissão se mostra ainda bastante contundente numa órbita que deveria ser de atuação exclusiva do Poder Legislativo. Intromissão que se perpetua pelo simples fato de ter sido concedido, ao Poder Executivo, grande poder para influenciar em políticas como as de distribuição de recursos e definindo áreas para onde vão os mesmos. Elemento que o munícia de poder de barganha junto aos membros do legislativo que, em troca de “migalhas”, garante continuidade à sua influência para dizer as regras não só quando a questão é ditar a pauta do Poder Legislativo, aprovando seus próprios projetos, mas, da mesma forma, dizendo a respeito de qual será a política de distribuição dos recursos. Resultado de um déficit democrático desenvolvido em decorrência de um processo constitucional no Brasil que sempre esteve sob o jugo de um Poder Executivo hegemônico e desleal, ausente de qualquer tipo de familiaridade com a democracia, de acordo com o já mencionado anteriormente.

A forma como se desenvolveram as relações entre os poderes no decorrer da história fez com que se pudesse entender o porquê da atual situação em que se encontra o cenário político brasileiro. Não sendo fruto do acaso o momento pelo qual atravessa, mas mero resultado da vontade daqueles que participaram de seu desenvolvimento, influenciando para que restasse quase sempre ausente de democracia o período que poderia ter servido para o amadurecimento social e político do país, desenvolvido desde os tempos mais remotos da história constitucional brasileira, passando por todas as Constituições da história do país. Não se diferenciando a atual, apesar de a ideia inicial não ter sido a que ainda permeia em razão da baixa intensidade democrática dispensada à sociedade.

Desse modo, no percorrer da história constitucional brasileira, o Poder Executivo se sobrepôs ao Legislativo de maneira intensa tolhendo-lhe de sua função típica resumindo-o a um mero coadjuvante. Um sintoma claro de violação do princípio da separação de poderes que perdurou durante grande parte da história constitucional do país, pois nenhuma das constituições teve o respeito que merecia por parte do Executivo, que sempre governou com braço forte, alternando períodos de autoritarismo de um lado e, de outro, através de institutos que lhe garantiam e ainda garantem este poder, atualmente evidenciado pela utilização da

medida provisória. Isso, não obstante o poder de manipulação que possui por deter o poder de preencher cargos, utilizando-se dos mesmos como instrumentos de trocas na tentativa de obter seus interesses. De onde surge a necessidade de ir até as bases a fim de identificar as motivações para o expansionismo jurisdicional como hoje se apresenta.

Portanto, a sociedade brasileira, caracterizada como sociedade plural, ressentia as carências de um documento constitucional que adotasse uma dimensão comunitária de acordo com as características presentes nos anteprojetos da constituinte de 1988 realizados por José Afonso da Silva e pela Comissão Arinos, identificados por Gisele Cittadino<sup>60</sup> como a “[...] definição do fundamento ético da ordem jurídica, amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhados dos institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público e Corte Suprema de caráter político” e, complementando a ideia, continua a autora dizendo que “A denominada Constituição Cidadã passa, por um lado, como no constitucionalismo europeu, a adotar um completo e exaustivo sistema de direitos, prevendo também os instrumentos processuais elaborados para garantir a sua efetividade [...]”. Tudo, com a finalidade de buscar trazer a concretização de suas linhas para o seio da sociedade, finalidade presente nos atuais textos constitucionais, não sendo diferente o brasileiro.

O advento da Constituição brasileira de 1988, denominada cidadã – assim apelidada “por ser considerada a mais completa entre as constituições brasileiras, com destaque para os vários aspectos que garantem o acesso à cidadania”<sup>61</sup> – foi um marco no desenvolvimento para a aquisição de direitos, trazendo consigo uma estrutura de jurisdição complexa com várias vias de ações e controles, tudo, com a finalidade de tornar concreto seu texto. Este, que ao visar o aumento da igualdade e das liberdades individuais, elegeu um elenco vasto de direitos fundamentais. Um grande avanço, pois, segundo as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>62</sup>,

---

<sup>60</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. P. 43.

<sup>61</sup> Conceito de Constituição cidadã retirado do artigo “Constituição Federal” escrito por Emerson Santiago, presente no “site” <http://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1988/>.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 75.

“Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.”

Assim, levada a cabo a evolução dos direitos fundamentais por terem sido elevados os mesmos ao patamar de Direito Constitucional, restou claro o fenômeno da *constitucionalização*<sup>63</sup> desses direitos, emergindo uma nova necessidade que encontrou assento na busca pela efetivação e proteção desses mesmos direitos. Sendo que, na visão de Pontes de Miranda, “A passagem dos direitos e da liberdade às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana.”<sup>64</sup>. De forma que, sentido algum faria um texto constitucional repleto de direitos e uma sociedade ainda pendente de utilização dos mesmos, que em grande parte somente vem concretizados por meio de atuação judicial.

## 2.5

### **Precedentes de Expansionismo Jurisdicional no Supremo Tribunal Federal.**

A ideia de conceber decisões com eficácia aditiva a fim de que pudessem trazer a efetividade da norma fundamental por meio da nova interpretação da Constituição no Brasil, resultado desse novo modo de pensar o direito constitucional, viria a ser “embrionária” na ADI nº 1.531/DF – que versava sobre a cláusula de barreira – que identificou uma tendência claramente iniciada no voto

---

<sup>63</sup> “Um sistema jurídico *constitucionalizado* caracteriza-se pela existência de uma Constituição “invasora”, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina assim como o conjunto das relações sociais que tem lugar em uma determinada comunidade jurídica. O ordenamento jurídico encontra-se, segundo tal definição, “impregnado” pela eficácia irradiante das normas constitucionais que atinge os diferentes ramos de Direito, sejam eles de direito público ou de direito privado.” Retirado do livro *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*,/ Vanice Regina Lírio do Valle (org.)/ Curitiba: Juruá, 2009. p. 102/103.

<sup>64</sup> MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade* / Pontes de Miranda. Atualizador: Wilson Roderigues Alves.- Campinas: Bookseller, 2002. p. 51.

de Gilmar Ferreira Mendes<sup>65</sup>, Ministro do STF. Onde disse claramente que o Supremo Tribunal Federal passaria a se amoldar, em suas decisões, às tendências jurisprudenciais há muito adotadas pelos tribunais europeus que eram no sentido de criar o direito quando a razão da inconstitucionalidade fosse fruto de omissão causada pela não fruição, pelos cidadãos, de direitos fundamentais assegurados no texto constitucional, como se pode depreender do seguinte julgado.

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no artigo 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”<sup>84</sup>.

Os comentários presentes nesse julgamento serviram de “esteio” para alavancar o expansionismo jurisdicional que ora se pratica no Supremo Tribunal Federal, ao fomentar a tendência de o tribunal seguir, em algumas de suas decisões, na direção de dar mais sentido à justiça social em detrimento da forma que emperra a fruição de direitos, ao sinalizar para o entendimento de que:

---

<sup>65</sup> ADI nº 1.351 do Distrito Federal – que versa sobre a cláusula de barreira – voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes p. 52 e 53, disponível no “site” [http://s.conjur.com.br/dl/barreira\\_gilmar.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/barreira_gilmar.pdf).

“O processo, portanto, não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio *ser* do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é apenas uma relação de *meio/fim*, instrumental, como se proclama, porém, orgânica, integrativa. É com a matéria prima do social, em suas dimensões econômica, política e ideológica, que se produz o Direito.”<sup>66</sup>.

Daí se poder entender que, “Finalmente, a própria compreensão do Direito processual mudou: valoriza-se mais o acesso à justiça que a forma e flexibilizam-se velhos dogmas do processo em favor da real garantia da prestação da jurisdição.”<sup>67</sup>. Um pragmatismo que se fez necessário aos olhos do Poder Judiciário que atua entre o povo e seus outorgados na proteção do primado constitucional e na proteção do cidadão. Consoante o sugerido por Hamilton<sup>68</sup> em “Os Artigos Federalistas” de nº LXXIII, onde disse que:

“De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos ao seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo, a intenção de seus agentes.”

“Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.”

Uma tendência que se acentuou e prosseguiu ganhando força no Supremo Tribunal Federal. Desta vez foi no voto do Ministro Celso de Mello<sup>69</sup>, que se decidiu, monocraticamente, sobre o direito à saúde na ADPF nº 45 MC/DF.

<sup>66</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, 1920 – *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*/ J.J. Calmon de Passos. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.41.

<sup>67</sup> *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*,/ Vanice Regina Lírio do Valle (org.)/ Curitiba: Juruá, 2009. p. 42.

<sup>68</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.481.

<sup>69</sup> ROCHA, Eduardo Braga. Artigo: *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário*, site: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11266&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9).

Momento em que se manifestou no sentido de que o Poder Judiciário poderá intervir, também, em políticas públicas, demonstrando posição favorável a uma atuação mais efetiva por parte do Poder Judiciário dizendo:

“Não obstante a formulação e a execução do políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

O papel do Judiciário no controle das omissões dos demais poderes tem se intensificado bastante, exigindo-se deste, inclusive, uma atuação ativa em busca de suprir tais omissões, principalmente quando se está diante de direitos fundamentais sociais. Tal função controladora do Judiciário já foi há muito tempo pensada por Loewenstein (2004, p. 354), que defendia uma nova visão tripartita da separação de poderes: “a definição da política (policy determination), a execução da política (policy execution) e o controle da política (policy control)”.

Portanto, caberá ao Judiciário intervir em caso de omissão injustificada do poder público, ainda que para isso tenha que viabilizar políticas públicas. Este ativismo judicial, na busca da concretização dos direitos fundamentais sociais, aumenta consideravelmente sua responsabilidade perante à sociedade, que diante de uma omissão por parte do Estado muitas vezes encontra naquele Poder o único meio de obter a prestação material que pode, inclusive, ser imprescindível para a própria sobrevivência.

Outros julgamentos também motivaram a mudança de comportamento da Corte Constitucional brasileira, tendo sido emblemático o julgado que teve origem na decisão dos Mandados de Injunção de nº 670 e nº 708, ambos com relatoria da lavra do Ministro Gilmar Mendes, bem como do Mandado de Injunção nº 712, que teve como Relator o Ministro Eros Graus. Pois, os referidos Mandados de Injunção versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos. Momento em

que o Supremo Tribunal Federal, decidindo de forma aditiva<sup>70</sup>, modificou seu posicionamento que, até então, era no sentido de se limitar a declarar a existência da mora legislativa a fim de que a norma regulamentadora específica pudesse ser editada pelo Poder competente. Quando passou, “[...] sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio judiciário.”<sup>71</sup>. Dando, assim, ensejo a uma nova modalidade de atuação, mais ativista, por parte do Poder Judiciário.

Evidenciou-se, portanto, nesse julgado de obra do Ministro Gilmar Mendes, a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal. O que comprova a hipótese analisada no presente trabalho, qual seja a postura expansionista redefinidora dos parâmetros da competência constitucional ensejada pelo Tribunal, constituindo-se num autêntico *overruling*<sup>72</sup> ao modificar precedentes de longa data pacificados pela Corte, fatos que ressaltam a “recusa de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes.”<sup>73</sup>, adicionada ao fato de que foi em decorrência desse julgado que se conferiu ao Mandado de Injunção o comprometimento com a finalidade que lhe é inerente, constante em viabilizar o exercício e liberdades constitucionais quando ocorrer ausência de norma regulamentadora para tanto, conforme entendimento que se extrai facilmente daquilo que preceitua a Constituição Federal brasileira de 1988 e ganha azo na lição de Gisele Citradino<sup>74</sup> que se posiciona no sentido de que:

<sup>70</sup> “As sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória”. Conceito extraído da nota de rodapé do livro: Mendes, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1544 p. 1544 p. ISBN 9788502110120. P. 1273.

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1544 p. 1544 p. ISBN 9788502110120. P. 1273.

<sup>72</sup> *overruling* é expressão inglesa que se traduz, para o intento do presente trabalho, na desconstituição fundamentada do precedente, que não mais guardará o caráter vinculante reconhecido até então. Definição retirada do livro: Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal./ Vanice Regina Lírio do Valle (org.)./ Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

<sup>73</sup> MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. In: University of Colorado Law Review. Forthcoming, vol. 73, September, 2002. presente no livro: Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal./ Vanice Regina Lírio do Valle (org.)./ Curitiba: Juruá, 2009. p.39.

<sup>74</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.51.



Não há dúvidas de que o mandado de injunção foi concebido pelos constituintes brasileiros com o objetivo de conferir proteção à aplicabilidade dos direitos e liberdades constitucionais de toda espécie, procurando superar, em favor da efetivação do sistema de direitos constitucionais, a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Uma forma de pensar dos magistrados no caminho de não somente interpretar as leis, a Constituição, mas de conceber a *devida* efetividade ao seu texto. Comprometeu-se, assim, com a tese concretista geral – caso em que “[...] o STF não apenas reconheceu a mora do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve assegurado no art. 37, inciso VII, da CF, como optou por indicar a norma regulamentadora específica com vistas a garantir o direito constitucional assegurado.”<sup>75</sup> – ao tornar concreto um direito quando diante da ausência de realização de uma determinada política pública, como no presente julgado que serviu de exemplo, ou suprindo uma omissão legislativa que, “Em diagnósticos produzidos pela sociologia jurídica nas últimas três décadas, converge-se na verificação da existência de uma crise regulatória do Estado de bem-estar, bem como de mecanismos jurídicos de intervenção.”<sup>76</sup> O mesmo Autor continua, a respeito da crise, dizendo que:

“[...] tal cenário configura-se como uma verdadeira crise “hamletiana”, em que o direito deve escolher entre se adaptar às novas condições independentemente do viés formalista dos legisladores, ou permanecer fiel ao seu papel formal, perdendo assim toda a capacidade de exercer sua função de guardião da igualdade e das liberdades iguais, e de provedor de segurança e certeza nas transações sociais.”

A mudança de direção a respeito do novo entendimento relativo ao Mandado de Injunção em contraposição ao posicionamento que se empreendia anteriormente foi um largo passo no sentido de relativizar a antiga e, por que não, ainda atual dogmática incrustada no pensamento que envolve a relação harmônica que subsiste quanto à convivência entre os Poderes. Por ter deixado para trás o pensamento que havia, ou ainda há, relativo ao Poder judiciário como legislador negativo, fornecendo, assim, uma maior dimensão em relação àquilo que pode realizar o provimento emanado da jurisdição constitucional. Pois, o Supremo

<sup>75</sup> AVRITIZER, Leonardo. Artigo: “MANDADO DE INJUNÇÃO”. Livro: Dimensões Políticas da Justiça / Leonardo Avritzer... [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 521.

<sup>76</sup> EINSEMBERG, José. Artigo: “Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização DA POLÍTICA”. Livro: A democracia e os Três Poderes no Brasil / Luiz Werneck Vianna, organizador. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 43.

Tribunal Federal como o único interprete da Constituição não pode se afastar dessa função de guardião da Constituição. Onde, de acordo com pensamento de Antonie Garapon<sup>77</sup>,

“Juiz e texto constituinte formam assim um par legítimo. Esse texto é, por definição, incompleto: cabe ao juiz dar-lhe a palavra. O juiz não deve mais se contentar em aplicar as leis, mas, em certos casos, deve ainda verificar sua conformidade a um direito superior que esses princípios encerram. A lei então implode e se fraciona em duas direções opostas: de um lado, os princípios fora de alcance do legislador comum e, de outro, um direito mais concreto e mais operacional. O juiz atualiza a obra do constituinte e tornam-se um co-legislador permanente.”

De acordo com o cerne da questão que se aborda no presente trabalho, a problemática relativa às questões de materialização dos direitos fundamentais é uma das características inerentes ao Estado de Bem-Estar Social que vem introduzida, no caso brasileiro, num momento em que o direito constitucional carece ainda de completude, de demonstrar-se apto a responder às demandas sociais, ou seja, é um direito constitucional que se apresenta em franca formação também formal. Fato que dá ensejo à ideia de que, por mais que o país possua um número absurdo de leis, a impressão que passa é a de que sofre ainda da ausência das mesmas, uma inverdade diante de uma realidade facilmente constatável. E é a respeito desse grande número de documentos legais que por muitas vezes se caracterizam por uma objetividade precisa e, ao mesmo tempo, indeterminada a ponto de levar o interprete a agir livre de seus preceitos quando diante de um caso concreto, conforme se pronuncia Ingeborg Maus no sentido de que:

“Apesar do grande aumento da densidade de regulamentos e da cada vez mais crescente regulamentação detalhada e precisa nas leis, é evidente uma tendência de inclusão de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais ou fórmulas gerais ou fórmulas objetivas nas leis, que mina sua crescente intensidade regulamentar. Essa combinação entre precisão e indeterminação em matérias de leis típicas do presente deixa para as instâncias “aplicadoras” em todo caso concreto a escolha entre uma orientação decisória pelas determinações legais detalhadas ou uma autoprogramação de suas decisões, invocando os conceitos jurídicos que dissolvem a lei, inseridos nas próprias leis. A liberação da jurisdição (e das instâncias executivas) da vinculação à lei baseia-se na circunstância de que o legislador democrático transfere a decisão judicial para a situação concreta da aplicação do direito, desempossando-se assim.”

---

<sup>77</sup> GARAPON, Antonie, 1952- *O juiz e a democracia: O guardião das promessas* / Antonie Garapon; tradução Maria Luiza de Carvalho, - Rio de Janeiro: Reva, 1999, 2ª edição, maio de 2001. p. 41.

Portanto, naquilo que diz respeito ao Mandado de Injunção, as múltiplas referências realizadas por vários atores do cenário jurídico, tanto na doutrina como na jurisprudência, são na direção de conceder maior efetividade ao instituto sem que o Supremo Tribunal Federal pudesse se apropriar, tomando como seus os direitos fundamentais, o que acabaria por mutilar sua nova finalidade. Devendo ser ressaltado o fato de que a antiga utilização desse instituto cerceava o trabalho da Corte Maior, enfraquecendo-a. Pois, tinha como prudente limitar-se à comunicação da ausência de legislação, não fixando prazo ao Poder competente para deflagrar o processo que viesse a viabilizar a fruição do direito constitucional textualizado, mas não concretizado socialmente.

Assim, ainda em relação à jurisprudência construída em decorrência dos Mandados de Injunção mencionados anteriormente, restou muito clara na materialização da finalidade desse instituto, que o mesmo primou por assegurar direitos plasmados em princípios garantidos constitucionalmente e contrapondo-se à inércia legislativa do Estado, fazendo com que o Poder Judiciário adentrasse num terreno em teoria alheio ao seu, o da política. O que o fortaleceu em razão do alargamento dos direitos à autonomia e à liberdade de todos que vivem em sociedade em relação ao Estado. Posição essa, inicialmente tomada pelo Supremo Tribunal Federal no discutido julgado, de onde sobressai evidente a expansão do seu poder judicial no sentido de trazer legitimidade aos anseios sociais, reflexos dos movimentos de uma sociedade que se mobiliza politicamente, “Não sendo por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política.”<sup>78</sup>

Nesse atual constitucionalismo forjado como democrático, a expressão da vontade que tem sua origem no princípio majoritário não pode ir além da vontade da maioria que, por sua vez, se encontra intimamente ligada aos princípios assegurados na Constituição e não podem ser contrariados pelos que os representam, pois fornece subsídios para a desconfiança por parte daqueles que

---

<sup>78</sup> CITTADINO, Gisele. Artigo: “*Poder Judiciário, Ativismo Judicial e democracia*”. “site”: [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf).

outorgam os seus representantes. E a esse respeito, Rogério Bastos Arantes<sup>79</sup>, assevera que:

“Democracias que não confiam plenamente no governo do povo contam com mecanismos extraparlamentares de revisão e controle das leis e atos normativos governamentais. Cortes constitucionais representam o mais importante mecanismo contramajoritário de fiscalização e controle nas modernas democracias constitucionais. Se nos primórdios do Estado liberal, a Suprema Corte dos Estados Unidos era um exemplo isolado na paisagem política, hoje a maioria dos regimes democráticos conta com alguma forma de controle externo ou de revisão judicial das leis.”

Um pensamento vem de encontro com a necessidade de existência de uma Corte Constitucional fundada na realização do controle das Leis relativamente à produção do Poder Legislativo, bem como dos atos normativos do Poder Executivo, e que esteja apoiada num sistema de controle que seja fundamental para as várias democracias contemporâneas designadas como constitucionais.

Essas democracias constitucionais, ausentes desses remédios de controle, poderiam não realizar suas finalidades, podendo inclusive retornar aos Estados totalitários que, via de regra, as precederam e foram uma das causas a ensejar o surgimento dessa modalidade de Constituição que, para assegurar o caráter democrático do Estado, necessita desses instrumentos de controle com vistas em coibir aqueles atos que visam fragilizar o novo desenho institucional em que se apoiam esses modelos de sistema que se caracterizam por essa expansão que se vê protagonizada pela passagem de poder ao Supremo Tribunal Federal, que a desenvolve redefinindo as fronteiras de sua própria competência por manifestar uma postura evidentemente ativista ao imiscuir-se em áreas, talvez, não traçadas no arcabouço constitucional.

São resultados, esses acima, que decorrem das mudanças advindas da Constituição Federal de 1988 que, segundo Leonardo Avritzer<sup>80</sup>, constituem um dos elementos de fortalecimento do Poder Judiciário pátrio, dizendo que:

---

<sup>79</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Artigo: “*Cortes Constitucionais*”. AVRITZER [et al.] *Dimensões Políticas da Justiça* – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 195.

“[...] por meio dos artigos 102 e 103, inovou fortemente no que diz respeito às prerrogativas do Poder Judiciário. O artigo 102 instituiu a revisão constitucional como princípio, ancorando-a firmemente na tradição política brasileira. O artigo 103 passou a permitir que, além dos atores tradicionais do processo constitucional, a OAB e as entidades da sociedade civil passassem a ser autoras das ADI's. Da mesma forma, o inciso 58, do artigo 5º, que define a ação popular, garante a qualquer cidadão brasileiro ser parte legítima contra o Estado, na defesa da moralidade, do patrimônio histórico e cultural e do meio ambiente.”

Deve-se ainda atentar para o fato de que, no Brasil, desde a proclamação da República, era o Poder Executivo que exercia o papel de poder forte e atuante, implicando em sua supremacia até os idos de 1988. Período em que se mostrava um Poder Judiciário tradicionalmente fraco naquilo que dizia respeito à sua autonomia, totalmente contrário do papel que hoje exerce por meio de certos atos decisórios que transbordam os limites de sua própria competência e ratifica a ideia de que “[...] a tradição brasileira anterior a 1988 é de fraca autonomia do judiciário que, ao longo dos primeiros cem anos de República, diferentemente do caso norte-americano, não instituiu uma tradição de revisão dos atos do Executivo a partir da revisão constitucional.”<sup>81</sup>. O que só veio ocorrer com maior assiduidade a partir da inauguração da Constituição Federal de 1988, de acordo com o que restou registrado nas palavras de Luiz Werneck Vianna<sup>82</sup>, onde o autor ensina que:

“O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta, como se viu ao final da Introdução, de se ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma “comunidade de interpretes”, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições.”

No que se pode vislumbrar que, no Brasil, a expansão jurisdicional decorre dessa estrutura de controle abstrato já montada desde a inauguração da Constituição Federal de 1988. Fato esse, que de certo modo singulariza o

---

<sup>80</sup> Trecho do artigo intitulado “*Judicialização da Política e Equilíbrio de Poderes no Brasil*”, retirado do livro: *Dimensões Políticas da Justiça / Leonardo Avritzer...* [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 217.

<sup>81</sup> Trecho do artigo intitulado “*Judicialização da Política e Equilíbrio de Poderes no Brasil*”, retirado do livro: *Dimensões Políticas da Justiça / Leonardo Avritzer...* [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 217.

<sup>82</sup> VIANNA, Luiz Werneck ... [et al.]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*– Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. p. 47.

fenômeno no Brasil, que se caracteriza pela inversão da ordem no cenário jurídico-político. Pois, conforme argumenta Vanice Regina Lírio do Valle<sup>83</sup>,

“[...] Tal fato nos leva a afirmar a precedência, no caso brasileiro, do ativismo judicial do STF sobre o fenômeno de judicialização da política, que se revela como condição subjetiva – uma atitude assumida pelos magistrados em relação às decisões (e omissões) dos demais poderes – indispensável para se identificar o processo de judicialização no sistema político brasileiro.

Daí se poder fazer uma análise no sentido de que o expansionismo jurisdicional, conceitualmente, possui, além das fronteiras americanas, uma singular forma de operacionalização nos vários casos onde se evidencia. E embora esse expansionismo esteja intimamente ligado à tradição dos governos mistos – entendido como a possibilidade de um poder ser limitado por outro<sup>84</sup>, Leonardo Avritzer<sup>85</sup> fomenta a ideia de que as bases de sustentação para a revisão judicial que rege a interpretação da Constituição, de acordo como hoje ocorre,

“[...] foi na célebre decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, conhecida como *Marbury versus Madison*, de 1803, que o juiz Marshal lançou os fundamentos do que viria a ser posteriormente conhecido como revisão judicial, ao anular uma decisão do Poder Executivo por considerá-la contrária à Constituição.”

E, a fim de concluir a ideia acima, o mesmo Autor prossegue dizendo que “O processo de judicialização brasileiro é recente, mas fortemente significativo. A tradição brasileira, diferentemente da norte-americana, não implicou de saída nem uma estrutura de equilíbrio de poderes nem um sistema de revisão constitucional.”<sup>86</sup>. Um fato que traz fundamentos ao que já fora dito anteriormente, no sentido de não se poder falar na presença efetiva de uma cultura de governo misto no Brasil antes do advento da Constituição Federal de 1988, em razão de uma sucessão de períodos, onde, em não foram raras vezes, foram

<sup>83</sup> Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal, / Vanice Regina Lírio do Valle (org.) / Curitiba: Juruá, 2009. p. 38.

<sup>84</sup> Trecho do artigo intitulado “*Judicialização da Política e Equilíbrio de Poderes no Brasil*”, retirado do livro: *Dimensões Políticas da Justiça* / Leonardo Avritzer... [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 216.

<sup>85</sup> Trecho do artigo intitulado “*Judicialização da Política e Equilíbrio de Poderes no Brasil*”, retirado do livro: *Dimensões Políticas da Justiça* / Leonardo Avritzer... [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 215.

<sup>86</sup> Trecho do artigo intitulado “*Judicialização da Política e Equilíbrio de Poderes no Brasil*”, retirado do livro: *Dimensões Políticas da Justiça* / Leonardo Avritzer... [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 217.

caracterizados pela prevalência do Poder Executivo em detrimento de um Poder Judiciário de autonomia bastante questionável. Pois, não obstante o fato de o Supremo Tribunal Federal ser figura instituída constitucionalmente desde a proclamação da República, muito tempo levou para se destacar como Poder detentor de autonomia e, assim, poder exercer suas prerrogativas constitucionais, de acordo como as exerce atualmente.

## 2.6

### **O Expansionismo Jurisdicional no Direito Comparado.**

Diferentemente do caso brasileiro, o expansionismo jurisdicional não é um fenômeno recente conforme pode ser observado ao longo do presente trabalho. Uma atividade de longa data praticada nos países europeus e remonta o período que se deu a partir do final da Segunda Guerra Mundial, por volta da metade do século XX. Quando países europeus, sob a influência dos Estados Unidos da América, inauguraram novos textos constitucionais ou reformaram os já existentes, incorporando um vasto sistema onde estivesse presente um ponto que permitisse a garantia dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, outro ponto onde houvesse uma forma ativa de revisão judicial a ser realizada pelos tribunais constitucionais. Fatos esses, a tempos presente na cultura desse país, onde “Os americanos confiaram pois a seus tribunais um imenso poder político, mas, obrigando-os a só criticar as leis por meios judiciários [...]”<sup>87</sup>. Ou seja, uma prática utilizada nos Estados Unidos da América, já naquele período, à cerca de duzentos anos, e que, contudo, transformou o modo de ser constitucional até os dias de hoje. Quando democracias mais recentes, como é o caso do Brasil, que ao contrário de países de democracias mais consolidadas, somente nas últimas décadas instituíram instrumentos para a atividade do “judicial review” em suas Constituições. Ao contrário de algumas democracias europeias que se encontram num grau maior de amadurecimento nesse ponto.

---

<sup>87</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América: leis e costumes*: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 560 p. p.112.p.115.

Na Alemanha, por exemplo, o que se percebe é uma expansão jurisdicional constitucional que se volta verso à conciliação por parte da Suprema Corte que busca, de forma estratégica, aliviar os impactos políticos de suas decisões que possam vir a gerar algum tipo de conflito. O que não dispensa a presença de instrumentos que visem uma ação ativista por parte do Tribunal Constitucional, em decorrência de uma necessidade, como se pode ver a seguir nas palavras de Lênio Streck<sup>88</sup>, que, em relação a presente questão, se pronuncia dizendo que é

“Importante ressaltar que o Tribunal Constitucional é competente para apreciar queixa constitucional ou recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*), instituto do qual dispõe o cidadão para buscar junto à justiça constitucional a preservação dos direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental. Também uma omissão legislativa pode ser objeto de decisão do Tribunal Constitucional.”

Desse modo, embora possa haver instrumentos que dão margem a um certo ativismo, a Corte Alemã, buscando evitar o confronto, profere decisões que visam advertir o legislador de suas omissões ou insuficiências no tocante ao alinhamento que deve existir entre a Lei e a Constituição, a fim de que estas possam ser corrigidas por meio da própria função legislativa. Ou, ainda nos casos em que o Tribunal sustenta a constitucionalidade, porém, avisando que o mesmo texto legislativo será revogado. Fazendo com que o Poder Legislativo tenha tempo para, por si só, tomar suas próprias providências em relação ao respectivo documento legislativo eivado de vício, numa espécie de arbitragem.

Uma maneira de se comportar que acabou gerando críticas ao Tribunal Constitucional Federal Alemão que, ao se beneficiar da legitimação democrática. Apesar de que, segundo afirmação de Ingeborg Maus<sup>89</sup>, “Na Alemanha, qualquer crítica da jurisdição constitucional realmente existente atrai para si a suspeita de estar situada fora da democracia e do Estado de Direito e constitui uma posição exótica mesmo entre os membros da esquerda.”. E, segundo adverte Louis Favoreu<sup>90</sup>:

---

<sup>88</sup> STRECK, Lênio Luiz *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 288.

<sup>89</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*. Coleção Conexões Jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2010.p.16.

<sup>90</sup> FAVOREU, Louis. *Cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p.76.



“A crítica foi feita após as decisões relativas ao tratado com a Alemanha do Leste e à lei do aborto; acusou-se o juiz constitucional de imiscuir-se na esfera de ação do poder político. Mas de fato, o controle do juiz constitucional é necessário, pois ele compensa o enfraquecimento do controle parlamentar sobre a esfera governamental.”

O que, apesar de criticada, denota certa solidez dessa modalidade de atuação pelo Tribunal Constitucional Alemão. Ainda que, atualmente, como bem demonstrado, haja uma convivência de harmonia entre os Poderes, de modo a mitigar uma atuação contundente da jurisdição constitucional como a que se está evidenciando, hodiernamente, no Brasil.

A Corte Constitucional italiana divide a função de interpretação da lei juntamente com a Corte de Cassação, esta que detinha o monopólio daquele controle até a criação daquela Corte. Além disso, houve uma mitigação da legislação passada que não era compatível com a Constituição. Sendo que, neste país a expansão jurisdicional ocorreu de forma que a Corte Constitucional evitasse o confronto com a classe política ao utilizar-se de “estratagemas institucionais como a consagração das sentenças interpretativas e aditivas, além da modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e as sentenças de ‘doppia pronunzia’.”<sup>91</sup>.

Isso, sem contar com o desenvolvimento da doutrina do direito vivente, que diminui sobremaneira os riscos no que tange ao excesso de poderes concentrados relativamente à Corte Constitucional. O que significa a existência de um controle de constitucionalidade concentrado, onde a análise da questão levantada é disseminada por todo o Poder Judiciário, numa espécie de colaboração realizada entre os membros dos órgãos do Judiciário daquele país. No mais, “[...] o funcionamento do direito vivente como um relevante instrumento de delimitação do ativismo judicial, à medida que estabelece as fronteiras da discussão e orienta o objeto da própria atuação da Corte Constitucional.”. Assim, numa espécie de contrato:

---

<sup>91</sup> Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal, / Vanice Regina Lírio do Valle (org.) / Curitiba: Juruá, 2009. P. 30.

“A Corte exerce uma função insubstituível na medida em que remediará a falta de escolhas legislativas: a Corte tende a ser vista como um “co-legislador” ou mesmo como um legislador, principalmente em razão de suas sentenças “aditivas” ou “substitutivas”, [...]”<sup>92</sup>.

A Espanha não se diferencia dos exemplos anteriores. Pois, o protagonismo jurisdicional da Corte Suprema da Espanha possui como missão institucional a de agir na direção de compatibilizar o pensamento político com as diretrizes erguidas após o retorno à democracia pelo país, de forma a equilibrar as diversas forças políticas. Porém, “As salas têm competência para apreciar os assuntos que, atribuídos à justiça constitucional, não sejam da competência do Pleno, como os recursos por violação aos direitos fundamentais (recurso de amparo).”<sup>93</sup>.

Por fim, Lênio Streck, ao se referir sobre o protagonismo do Poder Judiciário no Brasil, aproveita para abrir espaço às questões como a relação entre os Poderes, bem como do problema de uma superposição por parte do Judiciário brasileiro no tocante a abrangência desse protagonismo e cita casos desse expansionismo em países como Estados Unidos, Alemanha e Canadá, nas seguintes palavras:

“Vamos discutir isso, então. Ativismo e judicialização são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. O acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno. Nesse sentido, a formação de uma “juristocracia” (ou judiciariocracia) — chamemos assim a esse fenômeno — não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder (no sentido da *Wille zur Macht, de Nietzsche*) manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual. Indo mais fundo, nos termos propostos Ran Hirschl (*Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*), pode-se dizer, transportando a discussão para *terrae brasilis*, que nosso grau de judicialização atingiu a mega política (ou, a política pura, como o autor gosta de mencionar). Por certo que este fenômeno não é uma exclusividade brasileira. Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, no cenário mundial. O próprio Hirschl apresenta situações nas quais as decisões, tradicionalmente tomadas pelos meios políticos, acabaram judicializadas, como no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a

<sup>92</sup> FAVOREU, Louis. *Cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p.91.

<sup>93</sup> STRECK, Lênio Luiz *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 293.

decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá.”<sup>94</sup>

É interessante trazer à gala a questão ocorrida no Canadá, em relação a tentativa de secessão pelos separatistas de Quebec, a qual Ran Hirshl denomina como um caso de judicialização da mega política. Ocorre que após o movimento separatista, em apertado resultado, ter perdido o direito de separar-se da federação canadense em referendo realizado em 1995, o governo federal do Canadá, por meio de consulta, requereu um decisão hipotética para a Suprema Corte daquele país, onde o desejo era o de saber se uma secessão de forma unilateral por parte de Quebec teria sido constitucional, levando em conta o fato de que a referida consulta teria sido realizada somente os habitantes de Quebec, não tendo sido consultado o restante do país. A Suprema Corte Canadense respondeu dizendo que tanto aos olhos do direito Canadense quanto do direito internacional uma secessão unilateral por Quebec não teria sido possível, logo inconstitucional seria o resultado do referendo. “Contudo, a corte também observou que se a secessão fosse aprovada por uma maioria clara do povo de Quebec votando em referendo uma questão clara, as partes deveriam, nessa ocasião, negociar de boa-fé, os termos da dissolução subsequente.”<sup>95</sup>

## 2.7

### **Pontos Contrários ao Expansionismo Jurisdicional.**

É denso o número de críticas que se desenvolvem em direção ao caráter expansionista do Poder Judiciário. Sendo pontual aquela que diz respeito do fato de os Juízes não terem sido escolhidos por sistema eleitoral popular, “porque isso implicaria atribuir aos juízes uma legitimidade que é privativa dos titulares de mandatos políticos”<sup>96</sup>. De modo a não poderem impor suas vontades sobre as

<sup>94</sup> “site” <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>.

<sup>95</sup> HIRSHL, Ran. *O novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política*. Judicialização da Política / Organização Luiz Moreira. – 1. Ed. – São Paulo: 22 Editorial 2012. p. 131.

<sup>96</sup> COELHO, Inocêncio Martines. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: SAGE, 1997. p.68.

daqueles que foram eleitos pelo povo, ou seja, “o juiz não estaria ungido pela representação democrática”<sup>97</sup>.

Além do movimento denominado concretismo, outra questão que se traduz no entendimento de revelar-se ou não, esse expansionismo jurisdicional, como uma nova espécie do gênero “estado de exceção”. Isso, pois, se levados em conta os dizeres de Giorgio Agamben<sup>98</sup> que, ao exprimir o estado de exceção como um momento de crise que se revela num “*ponto de desequilíbrio entre o direito público e fato político*”, o Autor continua e conclui com base na ideia da interseção que afirma existir entre o jurídico e o político dizendo que:

“[...] A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico constitucional. As medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”<sup>99</sup>

Portanto, ainda que possa ter boas intenções, o Poder Judiciário não pode servir de instrumento de insurreição a fim de trazer solução para crises que devem ser resolvidas no âmbito da política, seja esta social, econômica ou de qualquer outra espécie.

O Desequilíbrio entre os Poderes é outra consequência que gera mais um ponto de divergência a ser discutido em relação a como vem sendo desempenhada a atividade judicial no ponto em que nos interessa na presente dissertação. Isso, tendo em vista que a onda de constitucionalização e a progressiva tendência de trazer eficácia ao texto constitucional tem sido questões que, por si só, vem determinando o processo de judicialização no dia a dia do cenário jurídico político social que se vive atualmente no Brasil. De modo que, algumas questões que não mereciam nem mesmo atenção do legislador estão plasmadas no texto da

---

<sup>97</sup> Trecho do artigo intitulado “*Judicialização da Política e Equilíbrio de Poderes no Brasil*”, retirado do livro: *Dimensões Políticas da Justiça* / Leonardo Avritzer... [et al.] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 209.

<sup>98</sup> AGAMBEN, Giorgio, *1942-Estado de exceção* / Giorgio Abamben ; tradução de Iraci D. Poleti. – São Paulo : Boitempo, 2004 (Estado de sítio).p.11.

<sup>99</sup> AGAMBEN, Giorgio, *1942-Estado de exceção* / Giorgio Abamben ; tradução de Iraci D. Poleti. – São Paulo : Boitempo, 2004 (Estado de sítio).p.12.

Constituição brasileira, concedendo espaço para uma ampla judicialização, bem como para o pleno exercício da jurisdição constitucional que, hoje, possui um vasto elenco de matérias as quais pode versar sobre.

“Fato é que todos os demais sentidos reconhecidos à expressão ainda têm incidência no Direito brasileiro, que igualmente reputa jurisdição, especialmente a constitucional, como ameaça ao equilíbrio entre os poderes; ao risco inerente de “governo de juízes” à aplicação dos cânones adequados de interpretação; e à postura de se evitar a jurisdição exercida conforme uma concepção pré-determinada.”<sup>100</sup>

Outra é a questão levantada por Gustavo Binembojm<sup>101</sup>, no sentido de saber quem controla o controlador. No sentido de que:

“Pode-se dizer que à Corte Constitucional cabe pronunciar a última palavra institucional no âmbito do Estado democrático de direito, de vez que suas decisões jurídicas não estão sujeiras a qualquer controle democrático posterior. Portanto, sendo o juiz último da autoridade dos demais poderes, o Tribunal Constitucional é o único juiz da sua própria autoridade.”

Corroborando com esse ponto do trabalho, existe, ainda, uma visão, no mínimo interessante, de contrariedade à questão dessa passagem de autoridade de outros Poderes para o Poder Judiciário. Nesse sentido, Rogério Bastos Arantes levanta algumas questões que podem desnudar o fulcro, a real intenção dessa passagem de poder, que não seria em prol da soberania popular, mas, ao contrário dificultar o seu exercício.

Primeiramente, o citado autor ao vislumbrar uma ideia positiva desse comportamento alega que independentemente da idade das democracias, mais amadurecidas ou não, onde esse elemento de transferência de poder se faz presente esse fenômeno está ligado à normatividade que domestica o poder político, onde “Constitucionalizar direitos e criar/fortalecer mecanismos de controle constitucional seriam formas de aperfeiçoamento da democracia contra a velha tendência de tirania das majorias legislativas e/ou de poderes executivos

---

<sup>100</sup> *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*,/ Vanice Regina Lírio do Valle (org.)./ Curitiba: Juruá, 2009. P. 36.

<sup>101</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.49.

hipertrofiados.”, Logo, nessa visão, seria vista como positiva essa transferência de poder.

Contudo, existe uma segunda ideia que, segundo o autor, de orientação realista, anseia por saber os motivos reais que possuiriam os políticos para essa transferência de poder às instâncias não executivas e não parlamentares. Diminuindo, assim, seu poder discricionário através da constitucionalização de direitos. O que, segundo a presente visão, derivaria de um modo estratégico de se comportar, das mais altas classes políticas, delegando poderes em benefício das mesmas. Pois, tal decisão, segundo seus defensores, se relaciona “com o quadro de forças políticas do momento constituinte e com as expectativas dos diversos partidos em relação ao futuro.”.

Ocorre que, segundo essa linha de pensamento, esse período de constituinte significa uma grande oportunidade de trocas entre aqueles que o compõem. O que não diz respeito somente às necessidades imediatas, mas, outrossim, as suas necessidades futuras. De modo que, “Transferir poder a juízes e tribunais representa um custo para as elites políticas, mas elas preferirão esse tipo de “seguro” se os custos prováveis de perdas eleitorais futuras lhes parecerem menores.”. No mesmo sentido é enfático Celso Fernandes Campilongo<sup>102</sup>, quando diz que “A “judicialização da política”, isto é, o recurso ao direito e aos tribunais não para o exercício do controle de constitucionalidade das leis, mas simplesmente como segunda e inadequada instância do jogo político, também perverte a representação.”. Tornando-se indispensável a leitura de Rogério Bastos Arantes, que revela com maior clareza essa segunda visão realista, um tanto quanto “Maquiavélica”, aclarada por passagens de Knight e Ran Hirschl que assim se revelam:

“Knight (2001) desenvolveu um modelo teórico muito convincente, capaz de demonstrar como as expectativas políticas em relação ao futuro são capazes de induzir no presente as escolhas dos constitution-makers sobre: o grau de detalhamento a que deve chegar um texto constitucional; a maior ou menor dificuldade de emendamento constitucional; e o escopo e o grau de acesso da revisão judicial das leis. Voltando mais uma vez a Hirschl (2004), talvez o mais

---

<sup>102</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes . *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 75.

radical dos autores realistas, o fenômeno da juristocracy em países como Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul não seria reflexo de uma transformação genuína e positiva da política, mas produto do jogo estratégico de elites políticas, econômicas e judiciais interessadas em assegurar sua hegemonia, preservar direitos de propriedade e aumentar seu poder de influência na esfera nacional e até internacional.”

Ainda no sentido de contrariedade às ações ativistas, ao discursar sobre as intervenções do Supremo Tribunal Federal brasileiro no terreno da legislação eleitoral e partidária, Fernando Limongi<sup>103</sup> assevera que:

“[...] é tempo de afirmá-lo com todas as letras - carecem de coerência. O Supremo, por paradoxal que possa parecer, tem sido fonte de instabilidade. Ao pretender legislar no campo eleitoral, não tem como evitar atrelar suas decisões à disputa político-partidária. Perde assim a isenção para reclamar a capacidade de arbitrar uma luta em que se envolve.”

O engrandecimento da soberania legislativa que deriva da jurisdição constitucional não se determina somente na sua convivência com um Poder Executivo em crise, mas, de mesmo modo, no tocante à uma legislação positiva que não tem outra saída se não a de caminhar no sentido de abrigar-se no Direito supra-positivo. O que ocorreu, na visão de Ingeborg Maus<sup>104</sup>,

“À medida que a imposição de valores supra positivos foi sendo cada vez mais monopolizada na expertocracia da justiça como última instância de decisão – aqui o desenvolvimento constitucional no século XX tende para a universalização do caso de exceção norte-americano –, a problemática da relação entre Direito positivo e supra-positivo é idêntica a uma divisão de soberania (altamente desigual) entre legislativo e justiça.”

A esse respeito arremata Campilongo<sup>105</sup>, dizendo que a

“Universalização do direito e democratização da política – especialmente quando se sabe que, na democracia representativa, a lei deve ser a expressão da soberania popular – sugerem uma enorme interdependência entre os sistemas jurídico e político. Isso de fato ocorre: a representatividade é dependente das regras fixadas pelo direito e vice-versa. Porém, o que caracteriza a modernidade, até mesmo como decorrência desse grande intercâmbio dos sistemas, é a separação de funções entre o direito e a política. As instituições representativas

<sup>103</sup> LIMONGI, Fernando, publicado no Valor Econômico, em 30/04/13.

<sup>104</sup> MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política: Teoria da Democracia* / Ingeborg Maus; Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alveme Barreto Lima, tradutores. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p.133.

<sup>105</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes . *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 76.

podem criar o direito novo, desde que, no processo legislativo, respeitem os limites impostos pelo próprio direito. Os tribunais também podem tomar decisões de cunho político inovador, desde que, no processo judicial, observem as balizas estabelecidas pelo sistema político.”

São essas, portanto, algumas reações em relação ao expansionismo jurisdicional que se realizam por meio de interpretações da Constituição no âmbito da jurisdição constitucional que, com vias em concretizar direitos fundamentais garantidos no corpo da Constituição, deve, quase que necessariamente, adentrar a seara de outros poderes e buscar criar de forma positiva os meios para que tais direitos sejam efetivados e fazer com que a Constituição exerça sua função social, qual seja a garantia e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos de uma comunidade. O que leva a refletir a respeito desse ponto de evolução em que se encontra a ideia de pensar a Constituição, o constitucionalismo em si. De pensar que esse desenvolvimento não é fruto de uma mudança pura e simples, mas um processo longo e contínuo que através dos tempos busca se amoldar às necessidades sociais mais relevantes, ou seja, de acordo com cada estágio pelo qual passa o desenvolvimento de uma sociedade. Um longo período percorrido que denota um paralelismo existente entre Constituição e sociedade que perpassa pela teoria crítica do direito indo alcançar a ideia do *neoconstitucionalismo* como ora se passa verificar.



### 3

## Da Teoria Crítica do Direito ao Neoconstitucionalismo: A Evolução do Pensamento Constitucional

Ainda que o intuito inicial seja aquele de abordar, mesmo que de forma sucinta, o caminho que realizou o Direito Constitucional, sua evolução até os dias atuais, é importante, antes de tudo, trazer as ideias defendidas por duas das correntes da filosofia jurídica que influenciaram de forma muito contundente na explicação do significado do Direito, bem como o que se pensa a esse respeito na atualidade. Para, a partir de então, se poder iniciar a formatar o percurso evolutivo para o entendimento da jurisdição constitucional brasileira hoje praticada, em razão das características apresentadas por algumas das tomadas de decisões judiciais. A fim de que se possa entender a ideia que ora se passa a desenvolver no presente trabalho, qual seja a evolução do pensamento jurídico constitucional até o estágio em que hoje se encontra relativamente ao expansionismo jurisdicional experimentado pela jurisdição constitucional brasileira.

Ainda no mesmo sentido acima, não haverá como deixar de tecer algumas linhas a respeito de outras duas perspectivas teóricas que, diferentes entre si, se apresentam como de grande importância no sentido de fornecer embasamento para as ideias aqui propostas com intuito em demonstrar que a nova modalidade de atuação judicial está umbilicalmente ligada a esse modo de enxergar o novo direito constitucional que se passou a realizar a partir da metade do século XX e que se convencionou denominar por parte da doutrina como neoconstitucionalismo que, por sua vez, foi precedido pelo constitucionalismo denominado como moderno. Termos que se caracterizam pela ausência de definições que possam determinar seus significados de forma unívoca e são empregados por aqueles que pensam a atual cultura do fenômeno jurídico constitucional como se fossem dois marcos, respectivamente, o da descoberta e o do redescobrimento da Constituição naquilo que diz respeito à sua ideologia. E, finalmente, o fato de que entre essas duas perspectivas encontra-se a Constituição Dirigente. Esta que, para o expansionismo jurisdicional no STF, vem servindo

como fundamento para motivar suas decisões concretistas, encerrando, assim, o caminho evolutivo conforme as ideias que ora se passa analisar.

Assim, embora seja comum o emprego do substantivo direito referindo-se à Ciência Jurídica, o vocábulo não revela, peremptoriamente, o sentido de normas de condutas que devem ser seguidas por um determinado grupo social, mas sim, a inteligência de que pode ser o caminho que conduz ao seu objeto. Nesse sentido, no momento em que se ouve a palavra direito, pode-se entender que a mesma esteja sendo direcionada a vários outros sentidos, inclusive que se esteja falando, por exemplo, de Direito Natural ou de Direito Positivo. Estes que, apesar de formarem duas ordens teóricas que se diferenciam entre si, ainda assim, reservam convergências recíprocas a respeito do fenômeno jurídico.

### 3.1

#### **Jusnaturalismo**

Surgido como um dos principais expoentes das correntes da filosofia do direito, o jusnaturalismo faz ver ao legislador princípios que se fundam na proteção do homem e que devem, por isso, ser afirmados pela legislação no intuito de que se construa um ordenamento jurídico onde possa prevalecer a justiça. E, tendo em vista o fato de não ser escrito, o Direito Natural não se forja por meio da sociedade, nem mesmo é instituído pelo Estado. Pois, como se pode extrair de seu próprio nome, o jusnaturalismo tem sua origem na natureza humana, revelando-se, assim, por meio da junção de ações empíricas e racionais, traduzindo-se numa multiplicidade de princípios que possuem características universal, eterna, imutável e ausente de regras. Revelando-se, como seus maiores exemplos, princípios como o da vida e o das liberdades humanas.

Essa corrente da filosófica jurídica consiste, como ideia básica, “no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado,

isto é, independem do direito positivo.”<sup>106</sup>. Fato este, que caracteriza essa corrente da filosofia jurídica como contraposição à corrente do positivismo jurídico que se constitui de regras escritas que conformam um determinado ordenamento jurídico.

Portanto, conceitualmente, várias são as definições exaradas pelos autores que escrevem a respeito dessa corrente do Direito para sintetizar aquilo que entendem por direito natural. O que decorre das linhas escritas por João Baptista Herkenhoff, onde diz que “o Jusnaturalimo é a corrente de pensamento que reúne todas as teorias, surgidas através do tempo, defensoras, sob diversos matizes, do Direito Natural.”<sup>107</sup>. Esta corrente do Direito possui o seu ponto de convergência na afirmação de que há outra ordem além daquela defendida pelos positivistas, ainda superior, a expressão do direito como justiça. Demonstra que a virtuosidade da escola naturalista reside em considerar a natureza humana como a principal fonte do direito.

A escola que defende como ponto básico a natureza humana, que consagrou os princípios de proteção à dignidade do homem, compreendeu o período racionalista vigendo durante o período que transcorreram os séculos XVI e XVIII. Hugo Grócio, considerado para tantos como o pai do Direito Natural, ao definir o Direito conforme sua concepção, afirmou que “o Direito é o conjunto de normas ditadas pela razão e sugeridas pelo *appetitus societatis*.”<sup>108</sup> Demonstrou, assim, a posição racional defendida pelo autor que indica a razão como objeto para a elaboração das normas. Quando se pode perceber a presença do jusnaturalismo racionalista no processo de instauração dos documentos legislativos os quais tiveram como seu maior expoente o Código Civil Francês – denominado Código Napoleônico. Portanto, “O jusnaturalismo do *conteúdo* é assim substituído, não importa o que diga Kelsen, por um jusnaturalismo da *forma*.”<sup>109</sup>. O que ficou

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 288.

<sup>107</sup> HERKENHOFF, João Baptista, 1936 – *Introdução ao direito* : abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais / João Baptista Herkenhoff. – Rio de Janeiro : Thex, 2006. p. 39.

<sup>108</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito* / Paulo Nader – Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.76.

<sup>109</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005. 480 p. p.205.

muito claro, como uma vitória do Direito Natural, caracterizado pela chegada das Constituições escritas. Um movimento que significou, ao mesmo tempo, o fim de um período de hegemonia do direito natural, visto que “[...] o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.<sup>110</sup>”, período em que passou a reinar, em absoluto, a corrente filosófica do positivismo jurídico.

Essa nova corrente da filosofia do direito contava com vários críticos da teoria do direito natural, dentre os quais o nome mais consagrado foi o de Hans Kelsen. Grande opositor do direito natural e do papel ao qual esta mesma intentava na construção de critérios utilizados para dizer sobre o direito positivo. Para Kelsen, “o Direito está todo na norma positiva elaborada pelo Estado. No vértice da estrutura piramidal do ordenamento jurídico encontra-se a “norma fundamental hipotética”, ou “Constituição em sentido lógico”.<sup>111</sup> E é a partir desse pensamento que se inicia a identificar a face de outra corrente, a que diverge do naturalismo para a identificação do direito. Corrente esta que, apesar de toda a divergência com a do direito natural, possui como uma de suas características, juntamente ao jus naturalismo, a ideia de privilegiar as regras como ponto crucial para a explicação do fenômeno jurídico.

### 3.2

#### **Positivismo Jurídico.**

O positivismo jurídico pode ser traduzido como resultado do amadurecimento do racionalismo humano, onde a ciência alcançara patamares até então impensáveis ao aplicar os fundamentos do positivismo filosófico no espaço reservado ao Direito com o fim de instituir uma ciência jurídica voltada para a objetividade, por segregar o Direito da moral e do valor transcendental. Momento em que o Direito passa a ser visto como a ordem jurídica instituída pelo Estado e caracterizado pela restrita atuação a determinado espaço e tempo. Desse modo:

---

<sup>110</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260.

<sup>111</sup> HERKENHOFF, João Baptista, 1936 – *Introdução ao direito : abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais* / João Baptista Herkenhoff. – Rio de Janeiro : Thex, 2006. p. 46.

“A escola livre do direito e a jurisprudência dos interesses, dois movimentos de teoria jurídica que são com frequência qualificados como correntes *sociológicas*, não impediram, contudo, a busca de dois principais objetivos que o pensamento jurídico científico fixou ao longo de todo o século XIX: *reunir de maneira sistemática* o material jurídico, ou seja, as regras jurídicas existentes, estabelecer relações entre essas regras de modo que elas revelem de que maneira umas condicionam as outras, reconduzir essas regras aos princípios jurídicos existentes e, enfim, *submeter* esses princípios *aos conceitos fundamentais* a fim de pensar em uma autêntica *autonomia da ciência jurídica*.”<sup>112</sup>

Pode-se, desse modo, depreender que essa corrente jus filosófica teve como principais objetivos a sistematização e a autonomia do pensamento jurídico. Pois, de acordo com as palavras de Hans Kelsen, “Esta é a base filosófica e psicológica da teoria jurídica que rejeita seriamente o pressuposto de um Direito Natural e é chamada positivismo jurídico”.<sup>113</sup> Daí poder extrair a ideia de que o Direito positivo é concebido puramente da obra do homem, não requerendo para si um valor absoluto do Direito, mas a busca pela sua afirmação no mundo hipotético. Fato esse, que denota o seu caráter impositivo – “dever ser” – não aceitando a ideia de que seja entendido como um mero complexo de fatos empíricos. Jeremy Bentham em uma das passagens do livro “Os grandes Filósofos do Direito” torna clara sua posição relativamente à preponderância do Direito positivo ao expressar com profunda contundência a ideia de que nenhuma lei consuetudinária é completa, assim dizendo:

“Uma lei consuetudinária não é expressa em palavras; ora, em que palavras deveria apresentar-se? Ela não tem partes, como deveria exibir alguma? É um único ato indivisível, capaz de todas as maneiras de construção. Entre as leis consuetudinárias quase não se pode dizer que haja uma certa e uma errada em algum caso. Como poderia? Certo é a conformidade com uma regra, errado é o desvio disso; mas aqui não existe nenhuma regra estabelecida, nenhuma medida da qual discernir, nenhum padrão para qual apelar; tudo é incerteza, escuridão e confusão.”<sup>114</sup>

O autor, apenas citado, de maneira *quase poética* e, por que não, chagando a parecer *desdenhar* do Direito Consuetudinário, afirma de forma categórica qual

<sup>112</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005. 480 p. p.194.

<sup>113</sup> KELSEN, Hans, *1881 – 1973. Teoria Geral do Direito e do Estado* / Hans Kelsen ; tradução de Luís Borges. – 3ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998 – (Ensino Superior). p. 622.

<sup>114</sup> MORRIS, Clarence. *Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.283.

a sua posição em relação à corrente que defende. De mesmo modo, John Austin justifica a sua ideia positivista ao afirmar o que é o conteúdo do direito, sua substância, tecendo as seguintes palavras:

“A matéria do direito é a lei positiva: a lei, simples e estritamente assim chamada; ou lei estabelecida por superiores políticos para inferiores políticos... Começo meu projetado curso determinando o campo do direito, ou diferenciando a maneira do direito daqueles vários objetos relacionados; tentando definir o tema que pretendo tratar, antes de procurar analisar suas numerosas e complicadas partes.”<sup>115</sup>

As passagens anteriores demonstram claramente a existência de duas correntes teóricas que buscam justificar a existência do Direito por meio de suas próprias ideias, embora se possa perceber que, de mesmo modo, existe um dualismo na doutrina do Direito positivo como se pode depreender da leitura de Hans Kelsen, quando o autor deixa claro que “Acima do imperfeito Direito positivo existe um perfeito – por que absolutamente justo – Direito Natural; e o Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponda ao Direito natural.”<sup>116</sup>

Para os jus naturalistas não importa a forma pela qual o Direito se exterioriza, mas sim, como será o efeito de sua aplicação, se não há justiça não há Direito. Enquanto, para os positivistas o critério de validade das regras jurídicas se afirma independentemente da observação de seu mérito, mas a sua origem como critério a ser utilizado para que se verifique a validade de suas regras, ou seja, deveriam possuir sua origem no Estado. Sendo que, “é desnecessário ressaltar que a exclusão do positivismo jurídico como perspectiva adequada do pensamento jurídico não significa o não reconhecimento do direito positivo como o modo de ser do Direito.”<sup>117</sup>. Mas, tão somente, que o mesmo pode conviver em harmonia com outras concepções de Direito.

---

<sup>115</sup> MORRIS, Clarence. *Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.336.

<sup>116</sup> KELSEN, Hans, 1881 – 1973. *Teoria Geral do Direito e do Estado* / Hans Kelsen ; tradução de Luís Borges. – 3ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998 – (Ensino Superior). P. 622. P. 17.

<sup>117</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29.

Desse modo, Anotnie Garapon<sup>118</sup>, fazendo uma comparação entre as sínteses dos pensamentos clássico e realista do direito, afirma que “Enquanto que, na concepção clássica, o juiz é sujeito à lei e só exerce seu direito de julgar através dela, ele tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do direito.”. Ideia esta, complementa por Mauro Cappelletti,<sup>119</sup> que fornece subsídios para essa alegação, dizendo que “Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da “lógica” pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrendo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da “escolha”.”. E sobre esta última transcrição o autor acrescenta, dizendo que:

“Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.”<sup>120</sup>

Aqui, ainda que numa rasa interpretação, se pode vislumbrar que o autor insinua sobre a necessidade de se poder decidir livremente, ainda que não se afastando do silogismo positivo, por dever fazer com o pragmatismo que necessitam as relações sociais, que invariavelmente se fundam nas ciências com as quais estão intrinsecamente envolvidas. O que denota um amadurecimento relacionado às conquistas decorrentes da evolução do fenômeno jurídico que vem, desde antes do advento do constitucionalismo moderno, atravessando séculos para que pudesse chegar a esse nível de sofisticação.

---

<sup>118</sup> GARAPON, Antonie, 1952- *O juiz e a democracia: O guardião das promessas* / Antonie Garapon; tradução Maria Luiza de Carvalho, - Rio de Janeiro: Reva, 1999, 2ª edição, maio de 2001. p. 50.

<sup>119</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 32.

<sup>120</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. Informação disponível em nota de rodapé de nº 33. p. 33.

### 3.3

#### A Teoria Crítica Do Direito

Produto da realização humana, o Direito serve de instrumento direcionado a compor conflitos que inevitavelmente surgem em decorrência das relações existentes em sociedade. E levando em conta a ideia de que por mais primitiva que seja a sociedade existe a presença de um mínimo de organização onde se busca demonstrar como é realizada a sua divisão, as atividades de cada um, quem manda e quem deve obedecer, ou seja, uma hierarquia que deve ser seguida. Em suma, onde há um grupo de seres humanos, inevitavelmente, existirá uma forma de organização que regerá a relação de convívio entre os seus indivíduos.

Com o fim da idade média, no século XVI, surge o Estado moderno fortemente influenciado pelo direito romano, e quando da transformação do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito se vê fortemente influenciado pelos pensamentos racionais jusnaturalistas presentes nos séculos XVII e XVIII. Ideias estas, que serviram de sustentação para as revoluções iluministas que se seguiram na França, bem como nos Estados Unidos da América. Um período que ficou marcado por ter dado ensejo aos documentos legais codificados como um dos resultados do racionalismo vivido naquela época, que consolidou o positivismo jurídico do século XIX como teoria hegemônica.

Nesse período a Lei foi erigida a patamares superiores aos da razão. Momento em que o Estado, apesar de sua característica de imparcialidade, era tido como a única fonte legítima da qual o Direito se originava. A dogmática jurídica reinava sob a égide de um sistema jurídico reputado como completo e autossuficiente, onde a interpretação do Direito era caracterizada pela subsunção do fato à norma. Resumia-se, o Magistrado, ao papel de artífice do trabalho de exteriorizar a vontade abstrata que se encontrava inserida naquilo que preceituava a lei, ou seja, um período em que “O juiz não tem qualquer influência sobre ela,



limitando-se a aplicá-la.”<sup>121</sup> ausente de qualquer poder criativo em suas decisões, revelando um direito formal revestido de cunho fortemente tradicional.

É nesse cenário que surgem os primeiros questionamentos a respeito desse Direito tradicional e se materializava no sentido de que os movimentos concretos dos sujeitos em sociedade se dissociavam do fenômeno jurídico. Eram novos pensamentos que rumavam verso uma ideia que, então, passou a abalar a pureza do Direito, pois refletia a ausência de penetrações de elementos inerentes às mais diversas questões como, por exemplo, a opinião pública. Fatos que restaram caracterizados pela teoria crítica, que defendia a ideia de que o Direito nasce como cultura que visa institucionalizar a classe que se encontra no ápice da sociedade e que tem como principal finalidade a de preservar os seus próprios interesses, a fim de poder dar continuidade ao elemento de seu grande interesse, qual seja a de se perpetuar, sob o manto da racionalidade, dominante das ideias de uma determinada sociedade.

Assim, um dos fundamentos do pensamento crítico em relação à dogmática jurídica foi a ideia de que a lei, por si só, não abarcava o Direito em sua totalidade, podendo existir fora dos entes estatais e de seu formalismo. De modo que, “O equívoco do pensamento dogmático do Direito é pensar que um conjunto de enunciados explicativos acerca do Direito, postos à disposição de uma comunidade jurídica, é suficiente para compreender o Direito.”<sup>122</sup>. Tolhe do intérprete o dever de perseguir o que deseja encontrar e dizer aquilo que acredita ser o justo, ainda que essa justiça não esteja contida no sistema jurídico vigente. Pois, para a teoria crítica o Direito não é um sistema autossuficiente, ou seja, não goza de completude e tão pouco de pureza. Entre a letra da lei e o caso concreto, inúmeras são as ocorrências subjetivas do mundo fenomênico que necessitam de respostas muito mais abrangentes do que as ideias que as leis podem abrigar e por questões óbvias não conseguem.

---

<sup>121</sup> GARAPON, Antonie, 1952- *O juiz e a democracia: O guardião das promessas* / Antonie Garapon; tradução Maria Luiza de Carvalho, - Rio de Janeiro: Reva, 1999, 2ª edição, maio de 2001, p. 40.

<sup>122</sup> STRECK, Lênio Luiz *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 213.

No Brasil, foi a partir da redemocratização do país que esse movimento ganhou força. Um retardo em decorrência dos entraves naturalmente gerados pelos vários períodos conturbados, sofridos no caminho da democracia, em decorrência de regimes totalitários que serviram de obstáculos ao desenvolvimento normal dessas ideias, que hoje talvez esteja atravessando o seu momento de apogeu através do protagonismo que vivencia o Poder Judiciário brasileiro no tocante ao expansionismo jurisdicional de suas decisões judiciais, quando deve ser levado em consideração o fato de que nem sempre foi assim.

### 3.4

#### O Constitucionalismo.

O termo “constitucionalismo” está associado à ideia de importância que se passou a fornecer às Constituições, tomadas como instrumentos voltados ao alcance das liberdades humanas. De forma que, tornaram-se documentos nos quais se encontram abrigados os meios e as instituições responsáveis a trazer limites, controlar os poderes políticos do Estado, bem como de ser, desde o seu advento, caracterizada como oposição aos governos totalitários. Neste sentido, Pierluigi Chiassoni<sup>123</sup>, entende “[...] el constitucionalismo (perenne) como el conjunto de las ideologías de optima republica, que comparten el ideal de la supremacía de La ley (nómos) sobre el poder y La fureza (krátos) [...]”. Fato que associa o constitucionalismo ao movimento de ideias políticas e filosóficas que se basearam, desde a sua origem, na forma estatal de se organizar compreendidos os limites dos poderes daqueles que governam e o respeito aos direitos dos que são governados. Por serem, estes últimos, os verdadeiros detentores do poder como assevera Larl Loewenstein<sup>124</sup>, nas palavras que se seguem:

“La clasificaciòn de um sistema político como democrático constitucional depende de La existencia o carencia de instituciones efectivas por médio de las cuales el ejecicio del poder político esté distribuído entre lós detentadores de poder, y por médio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al

<sup>123</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico Y modernidad*. ADEODATO, João Maurício. Human Rights and the Problem of Legal Injustice. Editora Noeses. Ed.1ª. Ano 2013.p.72.

<sup>124</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1970, 2ªed. p.149.

control de los destinatarios del poder, constituidos em detentadores supremos del poder.”

O pensamento desse autor se dá após o período do *constitucionalismo político*, que “[...] tiene su núcleo em la doctrina política antiquíssima según la cual la optima republica es aquella donde rey es ley (nómos basiléus), de forma que el poder político resulte subordinado al derecho, limitado por el derecho[...].”<sup>125</sup>. Sendo este período, sucedido por uma nova maneira de pensar o constitucionalismo, onde o pensamento principal é o de Estado assegurador dos direitos individuais dos cidadãos, não podendo violá-los, ou seja, um período no qual se inaugura a finalidade concretizar os valores do liberalismo ético. O que se inicia com o constitucionalismo jurídico moderno – durante os séculos XVII-XIX até a metade do século XX – onde o Estado, além de não poder violar os direitos dos cidadãos, deve ainda colocar em ação os objetivos do constitucionalismo jurídico liberal representando duas formas basilares de governo, quais sejam o estado legislativo de direito e o estado constitucional de direito. Isso, combinado com a as ideias de soberania popular e princípio majoritário.

Embora tenha sido somente na primeira metade do século XX – após o fim da Segunda Guerra mundial – que se iniciou a atual relevância da Constituição, com o surgimento dos direitos sociais como condição de garantia necessária ao exercício dos direitos civis e políticos que padeciam de igualdade e liberdade bem maiores do que aquela ensejada pelas ideias do liberalismo do “laissez faire”, bem como a criação do instituto da revisão judicial. Este que, segundo palavras de Pierluigi Chiassoni<sup>126</sup>, “viene teorizado em la nueva forma de um control jurisdiccional em um organo ad hoc, el tribunal constitucional, que tiene competencia a anular com eficacia erga omnes las leyes y los demás actos contrarios a la constitución”. Denotando, assim, o constitucionalismo moderno que vai desembocar no neoconstitucionalismo que deverá ser verificado após

<sup>125</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico Y modernidad*. ADEODATO, João Maurício. Human Rights and the Problem of Legal Injustice. Editora Noeses. Ed.1ª. Ano 2013.p.75.

<sup>126</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico Y modernidad*. ADEODATO, João Maurício. Human Rights and the Problem of Legal Injustice. Editora Noeses. Ed.1ª. Ano 2013.p.78.

traçadas algumas linhas sobre a ideia de Constituição Dirigente que a seguir se passa a verificar.

### 3.5

#### **A Constituição Dirigente.**

Partindo da premissa de que as constituições não possuem a uniformidade como uma característica comum, por adotarem as mais diversas formas e não se resumirem num documento único repetido por todos os Estados que delas se utilizam, é coerente pensar que a atual Constituição brasileira pode ser identificada como dirigente, naquilo que diz respeito às suas finalidades. Pois, conforme assevera Canotilho<sup>127</sup>, “a Constituição dirigente se volta à garantia do existente aliada à instituição de um programa ou linha de direção para o futuro, sendo estas suas duas finalidades.”, ou seja, busca preservar os direitos adquiridos, frutos de pleno gozo social, bem como efetivar aqueles que, ainda que presentes no bojo da Constituição, não gozam de fruição pelos indivíduos dessa mesma sociedade.

Um novo modo de as Constituições se organizarem que surge como uma consequência fática histórica que se relaciona intrinsecamente à ocorrência da evolução do Estado liberal, mínimo, onde o Estado devia se manter fora dos negócios privados, em direção ao Estado social. Pois,

“Se desde o século XIX a teoria liberal tinha tido no materialismo histórico seu inimigo declarado, os anos subsequentes à derrocada do marxismo e de suas aplicações históricas viram esse antagonismo ser substituído por um outro tipo de controvérsia que provocou o confronto entre “liberais” e comunitarianos.”<sup>128</sup>

Isso revela uma reação à ausência de compromisso daquele que se mostrou insuficiente em seu aspecto realizador, de concretizações sociais como principal finalidade voltada às necessidades sociais coletivas.

---

<sup>127</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

<sup>128</sup> FARAGO, France. *A justiça*. Tradução Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004. P.229.

“Processos sociais, econômicos e políticos teriam transformado a estrutura social e o Estado. A referência, em geral, são processos globais e de longo alcance, como transformações na sociedade industrial, a crise do Estado de direito liberal com uma Constituição como sistema de garantias e a passagem, depois da Segunda Guerra Mundial, ao Estado democrático de direito, intervencionista e com uma Constituição dirigente, que traduziria uma ordem objetiva de valores ou compromissos constitucionais e representaria objetivos coletivos a serem realizados pelos governantes.”<sup>129</sup>

É nesse ponto que a Constituição dirigente se liga à ideia de Estado Social, caracterizado pelo intervencionismo estatal nos assuntos privados, uma consequência do caráter programático da Constituição brasileira de 1988 que se traduz por meio de disposições que buscam efetivar-se ao longo do tempo e de forma progressiva. “Surgem, assim, disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.”<sup>130</sup>. O que fortalece a tendência em concretizar os direitos presentes no bojo do texto constitucional para que o mesmo passe a produzir a eficácia social que dele se espera, porque “[...] O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais.”<sup>131</sup>.

“Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas, assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente.”<sup>132</sup>.

Assim, em decorrência desses novos dispositivos que se encontram no atual texto constitucional brasileiro, determinados atos ou omissões dos demais Poderes poderão ser, como consequência, submetidos à avaliação pelo Poder judiciário nos casos em que este seja chamado a se pronunciar sobre uma

<sup>129</sup> KOENER, Andrei. Artigo: *Ativismo judicial?*: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *site* <http://novosestudios.uol.com.br/v1/contents/view/1519>.

<sup>130</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. / Luís Roberto Barroso. – 5. ed. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 118.

<sup>131</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, *teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Humberto Ávila Bergmann, Ed. 13. rev. ampl. Ed. Malheiros. 2012. p. 198.

<sup>132</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4 ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 270 p. p. 136/137.

determinada questão. Pois, de acordo com o que afirma Alexis de Tocqueville<sup>133</sup>, uma das características do Poder Judiciário é a de “[...] só agir quando chamado, ou, conforme a expressão legal, quando provocado.”. E arremata o autor, dizendo:

“Para que ocorra a ação dos tribunais é necessário haver contestação. para que haja juiz é necessário haver processo. Enquanto um lei não der lugar contestação, o poder judiciário não tem como ocupar-se dela. Ele existe, mas não vê. Quando um juiz, a propósito de um processo, ataca uma lei relativa a esse processo, ele amplia o círculo de suas atribuições, mas não sai dele, pois de certa forma precisou julgar a lei para chegar a julgar o processo.”<sup>134</sup>

Fatos que podem dar origem ao alargamento da margem de competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, que por vezes acaba por ultrapassar seus próprios limites ao “invadir” espaços e assuntos antes respeitados por se tratarem de competência, por tradição, de outros Poderes.

Esse comportamento ensejado pelo Supremo Tribunal Federal realça a diferença que existe entre os modelos de constituição liberal daquele praticado pelo atual modelo, que se associa ao princípio da soberania popular defendida pelos “comunitários”, onde a principal diferença que existe se verifica nas mais variadas formas que há na finalidade de se garantir as liberdades individuais. E se revela, sobre tudo, por meio de uma nova interpretação que se faz do princípio da separação dos poderes como explica Ingeborg Maus, nas seguintes palavras:

“A simples constitucionalização do poder – típica de monarquias e sistemas presidenciais constitucionais – repousa na versão da separação de poderes de Montesquieu, que é, ao mesmo tempo, a separação da soberania. A tese correta de Montesquieu de que somente o poder pode impor barreiras ao poder ainda continua presa a tradições estamentais feudais na medida em que seu equilíbrio de poderes associa-se mais marcadamente com esquemas de repartição do poder social do que com uma distinção das funções políticas no sentido de uma divisão de tarefas. A versão de Montesquieu da repartição de poder entre diversos aparelhos estatais não se opõe à cooperação entre eles em âmbitos funcionais iguais. Exemplos são o direito de veto do rei ou do presidente no processo legislativo, bem como o aperfeiçoamento do Direito por parte da representação popular e do judiciário. A garantia institucional da liberdade desse tipo de

<sup>133</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América: leis e costumes*: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 560 p. p.112.

<sup>134</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América: leis e costumes*: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 560 p. p.112.

Constituição repousa exclusivamente na concorrência de aparelhos estatais parcialmente soberanos.”

Significa que a interpretação das relações entre os poderes também deve evoluir no sentido de se amoldar às necessidades dos tempos atuais. Além do mais, subjaz a ideia de que o princípio da soberania popular não se coaduna com o princípio da separação de poderes, pois persiste com o pensamento de que a indivisibilidade da soberania deve restar, em absoluto, contida nas bases da sociedade. O que revela uma convivência difícil entre os dois pensamentos que pairam num mesmo ambiente. De modo que, mais uma vez, se valendo da lição de Ingeborg Maus sobre a presente questão, a mesma ensina que:

“Enquanto, na realidade, os modelos de Constituição do constitucionalismo tratam a existência do poder político como problema e fenômeno primários e os limitam apenas secundariamente por meio dos direitos de liberdade, bem como do balanceamento dos poderes, eles definem a liberdade de modo negativo. Em contrapartida, no modelo de Constituição da soberania popular, a relação entre direitos de liberdade suprapositivos e participação democrática é muito estreita.”

Sob um enfoque jurídico processual que se mostra inovador, baseando-se na ideia de soberania popular quando pensado no sentido de facilitar o acesso à justiça, se levadas em conta as mais variadas modalidades de ações constitucionais que visam reinterpretar o direito de forma democrática em razão da presença da participação social no processo democrático de reconstrução do direito com base numa visão extraída da doutrina que, ao atribuir descrédito à ideia de que o direito é composto por um sistema que se integra e prima pela coerência, radicaliza assumindo apoio à presença de um expansionismo jurisdicional que estremece o relacionamento existente entre os Poderes. O que ocorre, segundo Werneck Vianna<sup>135</sup>,

“Sob a inspiração da ideia do justo, como em Ricoeur (1995), e das novas correntes do humanismo jurídico pretende-se reconstruir o direito por essa perspectiva adversa ao positivismo Kelseniano, como quer indicar Bouretz em *La force du droit*, opondo “ao universo objetivo de normas a exigência da sua conformidade a uma ideia de justiça”.

---

<sup>135</sup> VIANNA, Luiz Werneck Vianna, organizador. *A democracia e os Três Poderes no Brasil* / Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 341.

Embora a Constituição brasileira de 1988 pudesse ter uma nova face “Velhos paradigmas de Direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e do papel da Jurisdição constitucional”<sup>136</sup>, visto que ainda permeiam o bojo de seu texto alguns dogmas que conservam modos de pensar e atuar, por parte daqueles que compõem o Estado, que não mais se coadunam com a evolução social hoje experimentada. No que se faz necessária, a fim de que seu texto passasse a produzir eficácia, uma mudança na maneira de pensar e de agir de juristas e juízes que atuam na jurisdição constitucional. Isso, pelo fato de que “a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes.”<sup>137</sup>.

Essa necessidade de conformação entre texto constitucional e sociedade se relaciona, de certo modo, à ideia que se forma em torno daquilo que se denominou chamar de *fatores reais de poder* registrada por Ferdinand Lassale<sup>138</sup>. Quando o autor menciona a respeito da relação existente entre os conceitos de Constituição em seu sentido vulgar com o conceito de Constituição jurídica, onde, negar o conteúdo de uma Constituição pode ser causa geradora de consequências. Isso, pois, segundo esse autor:

“Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses *fatores reais de poder*, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e, por conseguinte, é punido.”

Sobre os comentários de Ferdinand Lassale Konrad Hesse<sup>139</sup> se pronuncia no sentido de que a realidade dos fatos vivenciados em sociedade será sempre a base para a formação do pensamento constitucional, ou seja, a realidade vivida

<sup>136</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28.

<sup>137</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28.

<sup>138</sup> LASSALLE, Ferdinand. *Essência da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.17.

<sup>139</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.p.10.



pela sociedade é o ponto de onde parte o verdadeiro sentido de Constituição. Esta, que deve refletir a realidade das relações sociais, subsumindo-se aos fatos concretos de uma sociedade. Pois, segundo o citado autor,

“A concepção sustentada inicialmente por Lassale parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica. É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática.”

Ainda sobre a Constituição jurídica e, de mesmo modo, se utilizando das palavras de Konrad Hesse<sup>140</sup>. Este, sobre a Constituição, assim ensina ainda que:

*La constitucion jurídica viene condicionada por La realidad histórica. La Constitucion no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia sólo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias. Pero La constitución jurídica no es sólo expresión de La realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena y conforma a su vez La realidad social y política. De esta coordinación correlativa entre ser y deber ser se derivan las posibilidades e, al mismo tiempo, los límites de La fureza normativa de una Constitución.*

Assim, pode-se depreender que a Constituição como retrato das relações concretamente vivenciadas por uma determinada sociedade será interpretada no sentido de prevalecer sobre a lei infraconstitucional sempre que a realidade social neste sentido caminhar, pois é da sociedade e para a sociedade o verdadeiro sentido e motivo de existência da Constituição.

### 3.6

#### Neoconstitucionalismo

O substantivo *neoconstitucionalismo* é utilizado como vocábulo para identificar o momento pelo qual passa o constitucionalismo contemporâneo. De modo que possui, o referido vocábulo, uma imensa variedade de linhas de pensamentos na doutrina jurídica que não cedem espaço uma às outras. De forma,

<sup>140</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p.70.

que não se sobressai um pensamento homogêneo hegemônico que se destaque na interpretação dessa teoria. Para Amélia do Carmo Sampaio Rossi,

“O termo "neoconstitucionalismo" foi empregado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado "A especificidade da interpretação constitucional". Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamento atuada por juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy.”<sup>141</sup>

Segundo essa autora, isso não significa dizer que os pensamentos dos citados autores sejam coesos e harmônicos entre si e nem mesmo que esses autores compactuem com a ideia de se reconhecerem sob o rótulo de neoconstitucionalistas. Mas, tão somente, pelo fato de que têm em comum algumas *características peculiares*<sup>142</sup> que poderiam uni-los em uma única corrente filosófica.

A teoria que reveste o pensamento do neoconstitucionalismo cedeu passagem a construções jurídicas que se baseiam sobre tudo em valores éticos e políticos. No que veio a se fazer sentir, com maior clareza, a partir de meados do século passado. Momento histórico constitucional em que essa perspectiva teórica

<sup>141</sup> ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positivista do Direito*. Tese de Doutorado aprovada pela Universidade Federal do Paraná *site*: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia\\_final-2.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf).

<sup>142</sup> Para Pozzolo, tais características peculiares seriam as seguintes: 1) Princípios versus Norma. A compreensão de que o ordenamento se constitui de regras e princípios e que estes, por seu padrão de maior abertura, abstração e recorrência a valores, levam os juízes (em especial o juiz constitucional) a tomá-los a sério, especialmente na interpretação e argumentação de suas decisões de tal maneira que deles se possa extrair, diretamente, a solução para determinadas controvérsias. 2) Ponderação versus subsunção. Pozzolo entende que os princípios requerem uma interpretação/aplicação diferente da regra. O raciocínio subjuntivo daria lugar à técnica da ponderação ou balanceamento que só se revela em relação ao caso concreto. 3) Constituição versus independência do legislador. Implica a materialização ou substancialização da Constituição. O objeto da Constituição não é mais apenas a organização e distribuição de poderes senão que o seu conteúdo substancial condiciona a validade de todas as demais normas. Conforme Pozzolo, Esto no ya en el sentido kelseniano según el cual la constitución constituya una suerte de "marco" em el cual el legislador ordinario lleva a cabo SUS decisiones políticas. Sin embargo, "el contenido sustancial condicionante" cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, em todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como un guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas constitucionales. 4) Juízes versus liberdade do legislador. Respeita a interpretação criativa ou construtiva da jurisprudência. A presença de princípios e a consequente constitucionalização de toda a ordem jurídica fazem com que o juiz possua a tarefa de adequar continuamente a legislação às prescrições constitucionais. O juiz passa a ocupar um papel fundamental como elemento racionalizador do sistema jurídico.

ganha sustentação, pois até o período que precedeu a 2ª Grande Guerra a teoria influenciadora do fenômeno jurídico na época era a do Estado Legislativo de Direito – “[...] linha da doutrina inglesa de supremacia do parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.”<sup>143</sup>. Modelo que iniciou a se modificar devido a sua insuficiência, passando a não mais responder as necessidades de um mundo que não para de se reinventar. O que passou a gerar problemas para o direito positivado que não mais acompanhava as evoluções ocorridas no mundo dos fatos, na sociedade.

Além de outras questões que também serviram de argumentos para as mudanças ensejadas, de acordo com o que ilustra Antonie Garapon<sup>144</sup> ao asseverar que:

“Essa concepção tão “legicêntrica” do direito é combatida por dois fenômenos diferentes, porém convergentes: a inflação de textos mal redigidos com conteúdo fraco, de um lado, e a integração numa comunidade política supranacional, de outro. A emancipação do juiz tem sua origem, antes de mais nada, no colapso da lei que garantiu, na visão clássica, a subordinação do juiz, e na possibilidade de julgar a lei oferecida pelos textos que contêm princípios superiores, como a Constituição ou os Tratados Internacionais.”

Foi então que se deu início a um novo modelo que se construiu sob a égide da constitucionalização dos direitos fundamentais, por designar o que pode ser convencionalizado como um novo paradigma que restou retratado pela mudança do Estado Legalista para o Estado Constitucional de Direito. E, em decorrência dessa nova identidade adquirida pelos textos constitucionais que caminham sob um novo patamar de funcionamento, onde a nova ordem é o Estado Constitucional de Direito, é que se passa a observar o condão que possui a Constituição de subordinar a legalidade, que agora deverá a ela se amoldar. E é sobre essa mudança de retrospecto, dessa nova forma de pensar o sentido do direito

---

<sup>143</sup> Barroso, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 288.

<sup>144</sup> GARAPON, Antonie, *O juiz e a democracia: O guardião das promessas* / Antonie Garapon; tradução Maria Luiza de Carvalho, - Rio de Janeiro: Reva, 1999, 2ª edição, maio de 2001.

constitucional que se direciona a explicação de Paulo Bonavides<sup>145</sup>, quando diz que:

“As Constituições dos séculos XVIII e XIX legitimavam-se com os direitos individuais, a separação de Poderes e as garantias de organização liberal da Sociedade. Hoje, segunda metade do século XX, as Constituições conservam a mesma importância de ontem, ao contrário daquilo que o superficialismo de alguns publicistas tem frequentemente apregoado. Mas elas gravitam noutra eixo de legitimidade – o dos direitos sociais e dos vastos interesses corporativos que neles se enraízam, determinando uma nova concepção de Estado e poder. Ignorar tais direitos ou conculcá-los significaria condenar as Constituições à ineficácia, ao vazio das fórmulas verbais sem correspondência com a realidade.”

Nesse sentido, pode-se concluir que passam a dever compatibilidade com os princípios e as regras da Constituição não só a sua forma de produção, mas, de mesmo modo, o conteúdo das leis de um ordenamento jurídico que a ela se submete. Fato que pode propiciar a ocorrência, por exemplo, a invalidade de uma lei que, mesmo se apresentando válida em sua forma, pode não ser substancialmente constitucional, contrariando aquilo que ocorria anteriormente, quando do Estado Legislativo de Direito, pois agora

“[...] a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.”<sup>146</sup>

Os adeptos do neoconstitucionalismo sugerem uma interpretação constitucional a partir de um marco que prime pelas questões políticas morais, entendendo a Constituição como um documento que comporta, como uma de suas principais características, uma carga axiológica substancial, da qual se busca extrair o melhor de sua interpretação, irradiando o máximo da eficácia dos direitos fundamentais, fomentando um expansionismo jurisdicional que se caracterize pela discussão jurídica fundamentada por meio dos princípios que se encontrem em seu bojo ou que se possa entender que dele derive e que necessitem, para a

---

<sup>145</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*, com ênfase no federalismo das regiões: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 506 p.p.195

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 267.

dissolução dos casos difíceis, apoiarem-se nas várias teorias filosóficas, sociais e políticas com o fulcro em obter, dentre as possíveis, a melhor interpretação em favor da coletividade, princípio e fim constitucionais.

Para Ingeborg Maus<sup>147</sup>, “A interpretação do conceito de moral, que Dworkin desenvolve em uma interdependência entre a moral do juiz e a moral da coletividade, flexibiliza, simultaneamente, a norma jurídica até a irreconhecibilidade e a torna disponível para uma interpretação “criativa””. De modo que, Ronald Dworkin defende uma interpretação moral da Constituição, dizendo que “A leitura moral propõe que todos nós – Juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.”<sup>148</sup>. O que, necessariamente, deve decorrer de sua existência. Pois,

“Cumprida a tarefa de sua elaboração formal, caberá à Sociedade, aos governantes, aos legisladores, aos juízes, aos cidadãos enfim, utilizando os mecanismos e as ferramentas do Texto, escrever com atos de compreensão e argúcia interpretativa a Constituição viva, aquela que se aplica ao cotidiano na proteção dos direitos e na salvaguarda das franquias democráticas.”<sup>149</sup>

Assim, ainda no sentido de completar o que ora se propõe e, para tanto, valendo-se mais uma vez de Ronald Dworkin, este autor ensina que “O direito, antes de ser um exemplo de regras que se aplicam ora de maneira mecânica (easy cases), ora de maneira “refletida” nos casos difíceis, é mais a atitude interpretativa de uma comunidade que realiza a justiça.”<sup>150</sup>. O que se volta para o fato de que a integração entre cidadãos ativos e atividade judicial expansionista não deve

<sup>147</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*. Coleção Conexões Jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2010.p.221.

<sup>148</sup> DWORKIN, Ronald. *A leitura moral e a premissa majoritária*. In: A leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p.2.

<sup>149</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*, com ênfase no federalismo das regiões: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 506 p.p.195.

<sup>150</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005. p.421.

enxergar obstáculos no direito quando o intuito visado é a realização da democracia. Nesse sentido, Gisele Cittadino<sup>151</sup> explica que,

“uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tomar parte na interpretação da Constituição, ampliando aquilo que Peter Häberle designa como “comunidade de intérpretes da Constituição”, ou, de outra forma, favorecendo o processo de “judicialização da política”.”

Foi nesse ponto em que, “No Brasil, o legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato de constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição.”<sup>152</sup>, onde, “A sociedade brasileira se encontra, do ponto de vista jurídico, inteiramente aparelhada de instrumentos processuais para a defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos.”<sup>153</sup> O que, segundo Peter Häberle, se constitui numa “consequência do conceito “republicano” de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional”. Visto que, ainda que deva existir o Estado, este só se legitima se servir como instrumento de materialização dos anseios que tem origem na sociedade.

E é em relação à interpretação aberta da constituição que se realizada por aqueles que compõem o *catálogo sistemático*<sup>154</sup> representativo da comunidade de intérpretes vislumbrada por Häberle, que o autor se manifesta dizendo que:

A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional

<sup>151</sup> CITTADINO, Gisele. “*Poder Judiciário, Ativismo Judicial e democracia*”. Extraído do “site”: [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf).

<sup>152</sup> A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil / Luiz Werneck Vianna... [et al.]. – Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. p.47.

<sup>153</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 72.

<sup>154</sup> HABERLE, Peter. *Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997. p.

é intérprete da Constituição tal como partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos.”<sup>155</sup>

Isso, numa breve síntese, significa dizer que “[...] o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, através do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito”<sup>156</sup>. Neste último, onde a interpretação moral da Constituição, proposta por Dworkin, intenta uma leitura atrelada à moralidade que vivencia uma determinada sociedade caracterizada por seu dinamismo e reflete a ideia de que a moral vigente numa sociedade estivesse sempre se submetendo a mudanças. Ou seja, para o autor, a decisão judicial é vista “como se fosse um novo capítulo de um romance: pode inovar, desde que mantenha coerência com os capítulos escritos anteriormente, ou seja, com as decisões anteriores.”<sup>157</sup>. E devem, ainda, trazer em suas linhas as modificações necessárias a serem ensejadas simultaneamente de acordo com as dinâmicas evoluções que ocorrem em sociedade. A fim de que possa sobressair o seu caráter pragmático, uma característica inerente às mesmas, que ora se passa a verificar.

### 3.6.1

#### **A interpretação pragmática e interpretação moral.**

A interpretação pragmática, impulsionada por importantes pensamentos filosóficos, destacou-se por dar passagem às experiências fáticas, dimensionando

<sup>155</sup> HABERLE, Peter. *Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1997. 55p. p. 23-24.

<sup>156</sup> CITTADINO, Gisele. “*Poder Judiciário, Ativismo Judicial e democracia*”. Extraído do “site”: [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf).

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 305.

a norma à realidade vivida em sociedade, com objetivo na interação entre as decisões e o contexto social que as mesmas apresentam. Alertando para o fato de que essas mesmas decisões devem trazer em si, como sua principal característica, a de servir de instrumento que prime pela sua utilidade, incorporando na coletividade o benefício esperado para que se possa atingir a conduta que se almeja desenvolver no seio social.

Essa modalidade de interpretação constitucional se verifica pela desnecessidade de o intérprete dever vincular-se ao documento constitucional, àquilo que intencionou inicialmente os constituintes, bem como alinhar-se aos ditames dos julgados anteriores (*over ruling*), onde a melhor decisão será aquela que criar os resultados práticos mais benéficos, não devendo coerência com o atual entendimento prevalecente a respeito do texto constitucional, nem mesmo com os valores fundamentais pela Constituição preconizados. Visto que, o que vai importar são, tão somente, os efeitos das decisões a serem levadas em consideração de acordo com o contexto social, onde as mesmas ocorrerem. Nesse diapasão, José Einseberg<sup>158</sup>, ao relacionar as duas classificações de interpretações pragmáticas ensina que:

Ambos os modelos são herdeiros da filosofia pragmatista e põem o direito a serviço das necessidades humanas e sociais. Neles, as regras jurídicas são entendidas em termos instrumentais, implicando contestabilidade, revisabilidade e mutabilidade. Podemos definir o eixo comum destes pragmáticos em termos de três elementos complementares: (a) a desconfiança de instrumentos metafísicos de justificação ética; (b) a insistência de que a validade de proposições seja testada pelas suas consequências e (c) a insistência de que projetos éticos, políticos e jurídicos sejam julgados e avaliados por sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, e não por critérios supostamente objetivos ou impessoais.

Daí a identificação dessa modalidade de interpretação constitucional ter como suas principais características o consequencialismo e o constextualismo. Pois, “[...] não raro, o pragmatismo leva à formulação de proposições perigosas quanto à observância da dignidade da pessoa humana, ao autorizar decisões que se legitimam por beneficiar a maioria, mesmo que isso implique flexibilizar direitos

---

<sup>158</sup> EINSEBERG, José. Artigo: “*Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política*”. Livro: *A democracia e os Três Poderes no Brasil* / Luiz Werneck Vianna, organizador. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 48.



individuais.”<sup>159</sup>. Conquanto essa não seja uma condição essencial das interpretações pragmáticas, existe a possibilidade de que o cidadão seja utilizado como meio para se atingir as ambições coletivas não sendo tratado como um fim em si mesmo. Por ser, a pragmatista, modalidade de interpretação que se volta para a multiplicidade de medidas utilizadas pelo direito para dirimir questões políticas em pendengas que terão composições apolíticas e abstratas. De modo que o interprete pragmatista, no momento de sua decisão, estará criando o direito, pois,

“Ao decidir, ele torna-se servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento. O pragmatismo implica, assim, que aquele que opera a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro.”<sup>160</sup>.

Ao se relacionar a discussões ensejadas sobre as interpretações pragmáticas por Werneck Vianna e outros autores, no livro *“judicialização da política e das relações sociais no Brasil”*, José Einseberg extrai seu entendimento e sintetiza no sentido de que o eixo Habermas-Garapon valoriza esta modalidade de interpretação apenas em parte, ou seja, na medida em que se apresentam como avanços sociais que se consolidam no Estado de Bem Estar Social. Enquanto, o eixo Dworkin-Cappelletti, enxerga nas decisões que demonstram esse avanço do direito sobre a política de modo mais salutar e, assim diz a esse respeito:

“Em suma, em uma destas interpretações da judicialização da política, a do eixo Habermas-Garapon, ela é interpretada enquanto sintoma da necessidade de recuperar o sentido original de soberania popular, ainda que represente um risco permanente à ordem jurídica de direitos constituídos. Em outra, a do eixo Cappelletti-Dworkin, ela é apresentada enquanto substitutivo funcional necessário à recuperação do sentido original, não da soberania popular, como no outro eixo, mas da própria ideia de uma ordem jurídica formada por direitos constituídos compartilhados por todos os cidadãos.”

<sup>159</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306.

<sup>160</sup> EINSEBERG, José. Artigo: *“Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política”*. Livro: *A democracia e os Três Poderes no Brasil* / Luiz Werneck Vianna, organizador. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 49.

Assim, enquanto o eixo Habermas-Garapon transmite a ideia de soberania popular defendida sobre o princípio majoritário, para o eixo Cappelletti-Dworkin aquilo que vai interessar é o fato de que o ordenamento jurídico seja por todos compartilhados, aceito. Ainda que para isso, seja necessária a descaracterização do modelo vigente. Obviamente, desde que essa nova ordem jurídica seja constituída e compartilhada por todos em sociedade. Revelando, assim, certo pragmatismo no pensamento deste segundo eixo. Ao falar sobre o problema da integração que há entre direito e sociedade, Alf Ross<sup>161</sup> enumera alguns fatores que evidenciam essa integração, nas seguinte palavras:

“Esta área de investigação inclui questões relativas à origem histórica e o desenvolvimento do direito; aos fatores sociais que em nossos dias determinam o teor variável do direito; à sua dependência da economia e da consciência jurídica popular e sua influência sobre estas; aos direitos sociais de certas regras ou instituições jurídicas; ao poder do legislador em dirigir o desenvolvimento social; à relação entre o direito “vivo” (isto é, o direito tal como se desenvolve realmente na vida da comunidade) e o direito teórico ou dos livros; e às forças que de fato motivam a aplicação do direito em contraposição aos fundamentos racionalizados presentes nas decisões judiciais.”

É desse modo que a doutrina se serve do neoconstitucionalismo, com a finalidade de dar visibilidade as mais variadas modificações ocorridas no âmbito do Direito Constitucional, geradas após a Segunda Guerra Mundial, mormente, em regiões da Europa continental como, por exemplo, nos países ibéricos, bem como ocorre, atualmente, em vários países da América Latina.

Sendo que, essas modificações não ocorreram somente numa dimensão histórico-positiva dos vários ordenamentos jurídicos dos vários países daquelas regiões apenas mencionadas, preconizam, de mesmo modo, que a doutrina jurídica também assumiu mudanças em seus pressupostos metodológicos e filosóficos naquilo que diz respeito à sua maneira de pensar em relação à democratização dos direitos fundamentais, decorrentes da legitimação dos textos das Constituições. De modo que, o neoconstitucionalismo quer dizer a expressão de alguns elementos estruturadores dos sistemas jurídico-constitucionais que se deram no *dopo guerra*, insculpidos como uma nova perspectiva teórica ligada às

---

<sup>161</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini – revisão técnica Alisson Leandro Mascaro – Bauru, SP: Edipro, 1ª reimpressão 2003.

modificações vivenciadas, frutos da constitucionalização do ordenamento jurídico. Representa, desse modo, algumas linhas teóricas que vislumbram uma relação, ainda que diferentemente entre elas, de forma prática, com o fenômeno do expansionismo das decisões judiciais estudado neste trabalho.

## 4

### Conclusão

Ao verificar o presente trabalho se pode notar que o direito e tudo aquilo que o envolve é fruto de interpretações que estão sempre suscetíveis a modificações no decorrer do tempo. Uma característica intrínseca ao fenômeno jurídico, que se encontra em constante mutação na busca em adequar-se às grandes mudanças que ocorrem nas relações entre os Estados Nacionais, bem como àquelas que ocorrem no interior das sociedades de cada um desses Estados que compõem a comunidade internacional. Essas mudanças que resultam dos mais variados movimentos transnacionais ocorridos através dos tempos têm se tornado cada vez mais complexas. E fazem com que as respostas por parte das instituições não consigam caminhar na mesma velocidade que reclamam as sociedades. O que contribui para um aumento da atuação jurisdicional baseada nesse modelo expansionista que visa suprir essa indesejável defasagem de atuação por parte das instituições que detêm a competência para tanto.

É compreensível que essa situação com a qual se depara o atual estágio de desenvolvimento das sociedades se dê muito em razão da própria intervenção que realiza o fenômeno jurídico, que se encontra cada vez mais presente nas vidas política e social dos que vivem em sociedade. O que se deve ao grande crescimento do processo de democratização que têm origem nas bases das sociedades e possuem suporte nos movimentos sociais que clamam por legislações que venham a reconhecer direitos relativos à liberdade de expressão, ao meio ambiente, ao trabalho, bem como uma infinidade de outros direitos. Isso pode, talvez, explicar o fato de que na base de todo esse quadro não se encontra a vontade de o judiciário se impor e nem mesmo a incompetência ou incapacidade em se implantar políticas públicas ou legislações que possam viabilizar o acesso a determinados direitos garantidos constitucionalmente. Mas que seja, sobretudo, o resultado de uma evolução do entendimento que há a respeito do acesso igualitário à coisa pública por grande parte da sociedade que, em decorrência dos

fatores históricos e culturais restaram de fora das benesses e agora querem compartilhar.

Convém ainda dizer, que diante de todas essas questões a Constituição tem papel fundamental em todas essas conquistas, pois é em seu arcabouço o local onde se encontram alicerçados os componentes para as conquistas sociais. Sendo, as atuais Constituições, frutos dos trabalhos desenvolvidos, com maior interesse, ao longo desses últimos três séculos. Quando restaram retratados os momentos de maior evolução no modo de pensar a integração que há entre Constituição e sociedade, culminando no nível de sofisticação em que hoje se encontram. Só para que se possa ter uma ideia em relação à importância desse período, no século XIX é que foi concebida a ideia de limitação do poder público, de seus atos em relação à sociedade. De modo que, criado estava o princípio da legalidade que passou a vincular os atos dos poderes públicos às normas escritas e confeccionadas previamente, com o claro intuito de coibir atos arbitrários. A isso, se junta o alcance de poderes políticos estendidos a uma fração cada vez maior da população, acabando por gerar a morosidade do processo legislativo em razão do número cada vez maior de demandas, desembocando numa ideia de Poder Executivo que passou a legislar de forma a macular a separação entre os poderes.

Assim, com o inevitável enfraquecimento do Poder Legislativo em confronto a um Poder Executivo ditador de regras que vão somente a favor de seus próprios interesses, gerando incompatibilidades em relação às leis, bem como à própria Constituição. Razão pela qual, o Poder Judiciário passou a exercer papel de protagonista frente à incapacidade de os outros Poderes desempenharem suas próprias funções. Quando o Poder Judiciário passa a desempenhar, com maior preponderância e reconhecimento, seu papel político, legitimado como o Poder apto a interpretar as normas constitucionais. Fato este, que se tornou mais conclusivo e difundido entre países da Europa Continental e em vários outros países do mundo como, por exemplo, nos da América Latina, nos períodos a partir de meados e final do século XX, que coincide com o final da Segunda Grande Guerra e, de mesmo modo, dos regimes totalitários que dificultaram em muito a chegada desse novo modelo de Constituição que conta com um forte aparato para

que as sociedades possam, através dos juízes e tribunais, obter as interpretações Constitucionais que demandam o momento pelo qual estejam vivendo.

No Brasil, embora jovem o desenvolvimento democrático, este se mostra bastante adiantado ao revelar certo amadurecimento no que diz respeito às problemáticas ora discutidas. O que demonstra a saúde de um sistema em franco desenvolvimento. Ainda que, de fato, o país esteja passando somente agora por uma situação que já fora vivenciada pelos países que o direito pátrio se utiliza como fonte para alimentar seu próprio sistema jurídico. E, em razão das importâncias que se apresentam sobre as discussões desses temas, que ocorrem sempre em um nível de elevação bastante considerado, onde o país é colocado, não como uma nação de vanguarda, aberta a experiências ainda não experimentadas com tanto vigor pelos Estados denominados como centrais, mas, pelo fato de lidar com essas questões dentro de um complexo sistema, caracterizado pela hibridez em quase todas as áreas, seja política ou social.

O engrandecimento do número de habitantes de certas sociedades leva ao crescimento, de mesmo modo, das complexidades e necessidades de satisfações a serem cumpridas pelas instituições públicas. Isso, certo de que, como as ideias, com o passar do tempo, a letra fria da lei também envelhece, termos que, outrora, eram utilizados já não mais conseguem persistir à evolução social e da linguagem, fazendo-se necessário um novo arranjo com a finalidade de uma convivência harmônica entre direito e política, entre a nova modalidade de atuação jurisdicional com as demais instâncias de poder, quais sejam as legislativas e executivas. O que, contudo, não deve servir como motivo para a institucionalização da inércia dos poderes públicos em determinados assuntos em decorrência de suas dimensões sociais, da importância que pairam em torno dessas questões. Quando não podem restar ausentes de soluções legais que viabilizem sua concretização. Isso, pois, “implementar justiça distributiva é o objetivo fundamental do constitucionalismo “comunitário” brasileiro” que, contudo, não pode se tornar regra, sob pena de se adoecer pela cura.

## Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. **Human Rights and the Problem of Legal Injustice**. Editora Noeses, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann, **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Humberto Ávila Bergmann, Ed. 13. rev. ampl. Ed. Malheiros. 2012.

AGAMBEN, Giorgio, **1942-Estado de exceção** / Giorgio Abamben ; tradução de Iraci D. Poleti. – São Paulo : Boitempo, 2004 (Estado de sítio).

AVRITZER, Leonardo.. [et al.] **Dimensões Políticas da Justiça**– Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 6 de junho de 2012.

BARROSO. Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 3ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto, **1909 - A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica** / Norberto Bobbio / trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti / apresentação Alaôr Caffé Alves – Bauru, SP: EDIPRO, 2ª Ed. revista, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência**: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros 2003.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. São Paulo: Manole, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes . **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CERQUEIRA, Marcello. **Cartas constitucionais**: império, República Autoritarismo : ensaio, crítica, documentação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CLEVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

COELHO, Inocêncio Martines. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: SAGE, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu, **1931 – O poder dos juízes** / Dalmo de Abreu Dallari. – 2. Ed. ver. – São Paulo : Saraiva, 2002.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**, Curitiba: Juruá, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A leitura moral e a premissa majoritária**. In: A leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAVOREU, Louis. **Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FARAGO, France. **A justiça**. Tradução Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004.

FERREIRA, D.B. **Realismo Jurídico Norte-Americano: Uma contribuição para o ensino jurídico**. 188 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro. 2011.



GARAPON, Antonie, **O juiz e a democracia: O guardião das promessas** / Antonie Garapon; tradução Maria Luiza de Carvalho, - Rio de Janeiro: Reva, 1999, 2ª edição, maio de 2001.

HABERLE, Peter. **Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Porto Alegre: SAFE, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista, **1936 – Introdução ao direito : abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais** / João Baptista Herkenhoff. – Rio de Janeiro : Thex, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2. ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do poder público : em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição** / Dirley da Cunha Junior. – São Paulo: Saraiva, 2004.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** 3 ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **Essência da Constituição.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Barcelona, Ariel, 1970, 2ªed. p.149.

KELSEN, Hans, **1881 – 1973. Teoria Geral do Direito e do Estado** / Hans Kelsen ; tradução de Luís Borges. – 3ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998 – (Ensino Superior).

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política: Teoria da Democracia** / Ingeborg Maus; Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alveme Barreto Lima, tradutores. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade.** Coleção Conexões Jurídicas. Direção de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro** - ed. Lumen júris Rio de Janeiro 2007.

MOREIRA, Luiz. **O novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política.** Judicialização da Política / organização Luiz Moreira. – 1. Ed. – São Paulo : 22 Editorial, 2012.

MORRIS, Clarence. **Grandes filósofos do direito:** leituras escolhidas em direitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito** / Paulo Nader – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de, **1920 – Direito, poder, justiça e processo:** julgando os que nos julgam/ J.J. Calmon de Passos. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Tradução Edson Bini – revisão técnica Alison Leandro Mascaro – Bauru, SP: Edipro, 1ª reimpressão 2003.

ROSSI, A. C. S. **Neoconstitucionalismo e a Superação d Perspectiva Positiva do Direito.** 2011. 212 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Paraná, Santa Catarina, 2011.

SANTIAGO, Carlos Nino, **Introdução à Análise do Direito.** Tradução: Elza Maria Gasparotto, Revisão da tradução: Denise Matos Marino. Wmf Martins Fontes. São Paulo, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6 ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34 ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRUCHINER, N. **Para falar de regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito.** 2001. 190 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro. 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América: leis e costumes:** de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck, organizador **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. – Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck... [et al.]. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil** / Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999.