

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

SISTEMATIZAÇÃO DAS CAUSAS INSTITUCIONAIS DO ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

SYSTEMATIZATION OF JUDICIAL ACTIVISMS INSTITUTIONAL CAUSES UNDER THE CONSTITUTIONAL DOGMATICS PERSPECTIVE

Henrique Montagner Fernandes

Resumo

As causas sociais, econômicas e políticas do ativismo judicial figuram nos diversos estudos publicados desde a introdução do tema na pauta acadêmica. Com este artigo, o autor procura contribuir a esse esforço interdisciplinar pela apresentação de uma abordagem própria da dogmática constitucional. A análise do material legal e jurisprudencial baseia-se nos instrumentos conceituais colhidos do diálogo entre a doutrina constitucional brasileira e a estrangeira. A partir da identificação dos elementos de índole jurídica associados ao ativismo judicial, elaborou-se uma classificação de suas causas mediante o emprego de uma terminologia formulada para esse propósito. Esse esforço de sistematização tem por objetivo possibilitar a compreensão do ativismo judicial tanto na perspectiva analítica pela decomposição do objeto do estudo quanto na institucional pela explicitação da interação entre os elementos identificados. Por fim, o autor expõe algumas considerações críticas sobre o ativismo judicial à luz da tradição constitucional ocidental tal como incorporada pela ordem constitucional vigente.

Palavras-chave: Efetividade dos direitos fundamentais, Métodos de argumentação jurídica, Neoconstitucionalismo, Ativismo judicial, Expansão do poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

Social, economic and political causes of judicial activism appear in several studies published since the subjects introduction in the academic agenda. With this article, the author seeks to contribute to this interdisciplinary effort by presenting an approach from proper constitutional dogmatics. The analysis of legal and jurisprudential material is based on conceptual tools taken from a dialogue between Brazilian and foreign constitutional doctrine. From the identification of the legal nature of elements associated with judicial activism, follows a classification of the causes according to a terminology developed to this purpose. This systematic effort aims to facilitate the understanding of judicial activism both in analytical perspective by decomposing the object of study and institutional perspective by explaining the interaction between identified elements. Finally, the author draws some critical remarks on judicial activism in face of western constitutional tradition as embodied by the present constitutional order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights effectiveness, Methods of legal reasoning, Neoconstitucionalism, Judicial activism, Expansion of judicial power

INTRODUÇÃO

A experiência constitucional é complexa e resulta da interação de fatores institucionais, normativos e doutrinários. Se os elementos institucionais possuem precedência instrumental para a realização dos fins da ordem política, são os preceitos normativos de nível fundamental que estruturam e funcionalizam essa mesma ordem. A interpretação de ambos, porém, segue determinados modos de pensar e parte de certas categorias básicas que condicionam a compreensão da própria realidade.

A análise dos fenômenos constitucionais visa a estabelecer seus efeitos e causas, não se restringindo ao estudo das engrenagens constitucionais¹. Na perspectiva do direito constitucional, o ativismo judicial pode ser analisado em suas causas institucionais, normativas e doutrinárias. Esta investigação busca identificar quais elementos da ordem jurídico-política brasileira foram determinantes para o surgimento desse fenômeno denominado de ativismo judicial.

Na primeira parte será feita a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, expressões que possuem íntima conexão, mas não se confundem. A relação entre os sistemas de controle de constitucionalidade com a judicialização e o ativismo também são objeto de consideração. As definições firmadas nessa etapa serão posteriormente contrastadas com os diversos elementos vinculados ao debate em torno do ativismo, sistematizados e classificados neste trabalho em normativo, processual, indutor e teórico-aplicativo, constituindo tipologia operacional para o estudo do fenômeno em questão. Do confronto entre as definições e cada um desses conjuntos de variáveis pretende-se identificar qual elemento prepondera no ativismo judicial brasileiro. Por fim, em notas críticas, aponta-se algumas das impropriedades em que incorre o juiz ou tribunal ativista, merecedoras, portanto, de especial atenção por parte da comunidade jurídica.

1 IDENTIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

O debate em torno do ativismo caracteriza-se pela confusão conceitual. De um lado, fala-se no direito fundamental de buscar a tutela jurisdicional sempre que o indivíduo considerar ameaçado ou violado um direito seu, o que legitimaria de antemão qualquer decisão do órgão

¹ Conferir a metáfora do estudo das instituições constitucionais como atividade de engenharia em: SARTORI, Giovanni. *Comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes*. 2a ed. New York: New York University Press, 1997, p. ix.

jurisdicional, caso esta vise a satisfação do interesse deduzido em juízo. Do outro lado, qualifica-se como ativista qualquer decisão diversa da decisão considerada ideal ou correta, ou seja, o ativismo judicial perde a natureza de fenômeno para se converter em discurso meramente retórico. Eis por que a necessidade de esclarecer a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial.

1.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A sistemática violação dos direitos fundamentais da pessoa humana pelos regimes totalitários da primeira metade do século XX chocaram a civilização ocidental. Em resposta, diversos países, tendo a Alemanha por guia (Lei Fundamental de Bonn, de 1949), institucionalizaram a resposta àqueles eventos, o “nunca mais”². A estratégia combinou (i) a positivação de princípios ético-políticos (ii) em Constituições rígidas, (iii) garantidos por um órgão específico, o Tribunal Constitucional.

Para muitos, essa virada consagrou o constitucionalismo norte-americano, especialmente a *judicial review*. A Constituição de 1787 já incorporava direitos naturais³, submetia emendas ao seu texto a um difícil procedimento de aprovação e gozava da supremacia viabilizada pelo controle judicial dos atos emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo, prática jurídica enraizada na história americana, presente desde antes da independência das treze colônias⁴ e, posteriormente, reafirmada pela Suprema Corte no sempre referido caso *Marbury versus Madison*, de 1803.

A generalização desse modelo constitucional entre as nações da Europa continental e, em uma terceira onda, da América ibérica revela uma consequência comum desse processo: o progressivo desenvolvimento da jurisdição constitucional culmina na expansão do âmbito material de atuação do Poder Judiciário⁵.

² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

³ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 56.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 62.

⁵ A autonomia do Tribunal Constitucional vis-à-vis o Poder Judiciário encontra sua melhor defesa na obra de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. Contudo, nos limites do presente trabalho, utilizar-se-á a expressão Poder Judiciário, bem como o adjetivo “judicial”, para fazer referência à atividade jurisdicional de ambos os órgãos, visto que, para todos os efeitos, o Tribunal Constitucional atua “por meio de técnicas jurídicas próprias de jurisdição”, como sustenta SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Op. cit., p. 122.

A judicialização da política e das relações revela-se fato inconteste nas atuais democracias constitucionais, cujas Constituições não só estão repletas de princípios de fundo ético-político e de conceitos indeterminados como tratam de inúmeras matérias que apenas formalmente possuem *status* constitucional. Em razão disso, os envolvidos em toda sorte de controvérsia buscam no texto constitucional legitimação para seus interesses e suporte jurídico para a posição defendida⁶.

Esse fenômeno transfere ao Poder Judiciário, sobretudo, as expectativas de justiça social antes voltadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Mais do que isso, espera-se dos juízes constitucionais certa infalibilidade na definição do justo (moral), do bem (político) e da verdade (de ambos). A primazia da normatividade constitucional passa a justificar a supremacia judicial.

O Brasil participa desse movimento jurídico-político de um modo singular. A cumulação dos sistemas de controle concentrado e difuso de constitucionalidade⁷, de um lado, institui o Supremo Tribunal Federal como palco das decisões relativas à judicialização da política, de outro, pulveriza essas demandas por todas circunscrições judiciárias do país, ao promover cada juiz ordinário a juiz constitucional.

De todo modo, embora a judicialização costume ter por pretexto a *judicial review*, isto é, o controle de constitucionalidade das leis e de legalidade dos atos da Administração⁸, com o qual não se confunde, a noção de judicialização também deve ser apartada da de ativismo judicial. Se o primeiro fenômeno consiste na demanda da tutela jurisdicional, ou seja, na provocação do controle; apreende-se o segundo a partir dos parâmetros e do conteúdo do próprio controle efetuado.

⁶ Eis alguns dos temas judicializados: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP; SV nº 11); demarcação de reservas indígenas (Pet 3388/RR); legitimidade das ações afirmativas (ADI 3330); extensão do regime da união estável a casais homoafetivos (ADI 4277; ADPF 132); vedação ao nepotismo (ADC 12/DF; SV nº 13); proibição do uso de amianto (ADI 3937/SP). Outros exemplos são elencados por BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, vol. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 7. Em outra ocasião, o mesmo jurista afirmou: “Se eu ainda fosse advogado, esta seria a próxima ação *pro bono* que eu proporia: a reforma do sistema prisional. Os presos são uma minoria sub-representada, tal como eram os homossexuais, no caso das uniões homoafetivas, e as mulheres, no caso da interrupção de gestação. É preciso retirar a questão dos presídios do processo político majoritário e tratá-la como uma questão de direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. As ruas, a opinião pública, a Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opiniao-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 10.01.2014.

⁷ LEAL, Roger S. A Convergência dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade. Aspectos Processuais e Institucionais. Revista de Direito Constitucional e internacional, vol. 57, ano 14, out./dez. 2006, pp. 72-73.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235.

1.2 ATIVISMO JUDICIAL

A onipresença da expressão ativismo judicial nos debates políticos e acadêmicos sobre a jurisdição constitucional contrasta com a ausência de uma definição clara e precisa do fenômeno ao qual se refere e do sentido (positivo ou negativo) com o qual é empregada no discurso⁹.

É possível encontrar na doutrina e jurisprudência estadunidense cinco definições de ativismo judicial, quais sejam: a) anulação de atos constitucionalmente sustentáveis de outros poderes; b) desconsideração de precedentes; c) legiferação judicial; d) afastamento dos métodos canônicos de interpretação; e) julgamento orientado pelos resultados da decisão¹⁰.

Nenhuma dessas noções, por si só, parece ser suficiente para descrever o ativismo judicial. Tomadas em conjunto, porém, o núcleo de cada uma conecta-se com o da outra: o exercício do controle de constitucionalidade, afastando-se dos precedentes e dos métodos de interpretação pertinentes, cria restrições ou vinculações sem referência no texto constitucional, em vista de um certo fim (justiça social, progresso da sociedade, avanço da história etc.).

O Poder Judiciário afasta-se de sua função precípua ou essencial, a interpretação e aplicação do direito, a ponto de sua atividade ser considerada materialmente legislativa, sendo equiparado a um poder paraconstituente. A ideia básica é a de quebra dos limites impostos pelo ordenamento jurídico¹¹, seja no tocante ao direito aplicável ao caso, seja em relação à sua própria atuação.

A identificação desses limites é inegavelmente tormentosa e variará conforme a perspectiva do observador¹². Ao mesmo tempo, é uma tarefa irrenunciável. Abandoná-la implicaria condescender com qualquer decisão judicial, independentemente de seu conteúdo, quicá com os atos dos demais Poderes. O pressuposto de controlabilidade jurídica das leis (e atos da Administração) aplica-se, da mesma forma, aos atos de controle.

Percebe-se, portanto, que, assim como a judicialização da política, o ativismo judicial também não se confunde com o controle de constitucionalidade¹³, técnica que visa a garantia da supremacia constitucional, e, não, a supremacia judicial. O ativismo judicial simboliza “a

⁹ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, 2004, pp. 1442-1444. CROSS, Frank B; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, v. 91, 2007, p. 1758.

¹⁰ KMIEC, Keenan. Op. cit., pp. 163-1476.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹² KMIEC, Keenan. Op. cit., pp. 1465-1466.

¹³ Em razão dessa distinção, são falhos os estudos empíricos que não adotam algum critério de análise qualitativa dos julgados pesquisados, conforme alertam CROSS, Frank B; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, v. 91, 2007, pp. 1755-1760.

participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”¹⁴, com a ocupação de espaços vazios deixados pelos outros Poderes¹⁵ ou interferindo diretamente em sua atuação.

Assumindo que o principal instrumento do ativismo judicial é o controle de constitucionalidade, ele pode ocorrer em quaisquer das instâncias às quais compete essa função, seja no controle concentrado, seja no difuso. Com efeito, a experiência comparada demonstra que o ativismo manifesta-se em ambos os sistemas, embora se cogite se algum deles intensificaria esse tipo de postura judicial¹⁶.

As consequências, contudo, de fato são distintas. Como o controle difuso não produz efeitos para além do caso concreto, a aplicação da lei perde sua uniformidade (não está sequer a se falar da interpretação dada à lei), porém com uma particularidade: como o ativismo produz uma decisão para além dos limites traçados pelo direito, não há mais balizas jurídicas quanto ao seu teor. Há a real possibilidade de coexistirem no mesmo plano decisões nos mais variados sentidos. Por outro lado, se as decisões no controle concentrado não provocam essa desordem, basta uma única delas para que seus efeitos sejam sentidos em todo o território nacional¹⁷.

Esquemáticamente, é possível arrolar as seguintes linhas de decisão ativista: a) juízo de inconstitucionalidade das leis com base em critérios “menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”¹⁸; b) aplicação direta da Constituição a fatos não expressamente previstos em seu texto, com a elaboração de normas específicas para o caso concreto, restringindo o âmbito de conformação legislativa; c) construção de normas abstratas e gerais a partir dos princípios constitucionais.

Os dois primeiros enunciados são válidos para o Supremo Tribunal Federal e para as instâncias judiciais ordinárias. O STF realiza o controle de constitucionalidade tanto na via

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, vol. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 9.

¹⁵ Conferir a crítica de ALLAN, James. The travails of Justice Waldron. In: HUSHCROFT, Grant (ed.). Expounding the constitution: essays in constitutional theory. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 174, para quem sustentar que o judiciário não pode rever uma decisão política legítima, mas pode decidir sobre matéria política quando ainda não houve decisão pelo legislativo, equivale a dizer que a competência constitucional é de quem atua primeiro, ou seja, a adoção de um critério temporal ou de iniciativa subsidiária.

¹⁶ FERRERES, Victor. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley em um tribunal especial: Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. Yale Law School SELA papers. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=yls_se_la>. Acesso em 22.09.2013.

¹⁷ Como destaca SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional em América Latina. Bologna: CLUEB, 2006, pp. 112-116, a combinação, nos EUA, de uma Suprema Corte acima de todos os demais tribunais e do princípio do *stare decisis*, característico dos sistemas de *common law*, outorga ao sistema de controle norte-americano uma operatividade próxima a de um pela via principal.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 9.

principal, nas ações diretas, quanto na via incidental, em especial nos recursos extraordinários e *habeas corpus*, e tem a oportunidade de criar normas concretas e individuais nas ações de sua competência originária, como sucedeu-se na Pet 3388/RR, sobre a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

Da mesma forma, os juízes e tribunais ordinários podem efetuar o controle de constitucionalidade, pela via incidental, e os Tribunais de Justiça, também pela via principal. Já a aplicação direta da Constituição só dispensaria prévio juízo de inconstitucionalidade se não houvesse lei aplicável ao caso. Entretanto, sob a influência dos postulados de um novo direito constitucional, ou neoconstitucionalismo, não raro verifica-se a aplicação dos princípios constitucionais por cima e no lugar de regras legais vigentes e válidas.

A terceira situação, por sua vez, pode ocorrer quando o STF edita enunciados da súmula vinculante¹⁹ e julga mandados de injunção com eficácia *ultra partes*, como no MI 670/ES, sobre a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

As três hipóteses denunciam a íntima conexão entre ativismo e jurisdição constitucional. Como o ativismo implica a criação do direito para além do texto e fora das possibilidades institucionais de atuação, o juiz no exercício da jurisdição ordinária, cuja função precípua é aplicar a lei (em sentido amplo), só será ativista se arrogar-se o exercício da jurisdição constitucional. Como no Brasil há sobreposição de jurisdições, essa distinção torna-se tênue.

2 ESTRUTURA DO ATIVISMO JUDICIAL

A doutrina constitucional busca as causas do ativismo judicial em outros domínios do conhecimento, especialmente na economia, na sociologia e na ciência política. Não se trata de peculiaridade brasileira. Manoel Gonçalves Ferreira Filho revela seu espanto pelo fato de a doutrina estrangeira constatar a judicialização da política – condição necessária do ativismo –, mas não indagar suas causas²⁰. A partir da análise dos elementos constitutivos do ativismo judicial enquanto fenômeno resultante da prática constitucional brasileira elaborou-se a tipologia de suas causas, possibilitando, inclusive, o exame da anatomia do fenômeno.

¹⁹ O enunciado 10 da súmula vinculante do STF é exemplo, a um só tempo, de que o instituto não se presta apenas para o ativismo, pois seu texto é mero desdobramento lógico da cláusula de reserva de plenário, e da crise do princípio da legalidade, pois, em outros termos, foi necessário inscrever na súmula vinculante que a lei só pode deixar de ser aplicada quando inconstitucional. Ao revés, os enunciados 11 e 13, sobre o uso de algemas e a vedação do nepotismo, ilustram o ativismo aludido no texto.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 235.

2.1 ELEMENTO NORMATIVO

A Constituição de 1988 consolidou a transição do regime autoritário para a democracia plena. A participação de representantes dos mais variados segmentos da sociedade exigiu como solução de compromisso a inclusão no texto final de disposições ora lacônicas ora excessivamente detalhistas. Textos com elevado grau de indeterminação, em particular, gozam de preferência política quando a proposta inicial não reúne condições de aprovação, provocando um “adiantamento pragmático de decisões difíceis”²¹.

A Constituição promulgada destaca-se pelo excesso de dispositivos e de matérias disciplinadas e pelas deficiências redacionais de seu texto²². Se os avanços foram muitos, inclusive alguns institucionais²³, seu texto analítico é rotineiramente invocado como fundamento para a solução tanto das questões políticas mais relevantes quanto das controvérsias mais comezinhas²⁴. Seus princípios conflitam. Mais do que isso, o mesmo princípio comporta teses antagônicas.

A ideia de que os princípios exigem o engajamento do intérprete em considerações morais e políticas²⁵, quando da interpretação de conceitos como os de liberdade, igualdade e segurança, pressupõe que os princípios constitucionais mantêm sua qualidade de princípios ético-políticos mesmo após sua positivação.

Ocorre que os discurso jurídico vale-se de palavras comuns ao discurso não jurídico. Isso significa que o direito se apropria desses termos e, em regra, empresta-lhes um significado próprio²⁶. O direito recorre à moral da mesma forma que recorre à medicina em busca de

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 242-243.

²³ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 232-234, revela sua admiração com o quanto os europeus teriam a aprender com a Constituição brasileira, destacando a organização do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Justiça Eleitoral, e a originalidade da vinculação orçamentária nas áreas de educação e saúde (arts. 212 e 198, §§ 2º e 3º, da CF/1988).

²⁴ “No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis (...)”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, vol. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 6.

²⁵ WALDRON, Jeremy. *Thoughtfulness and the Rule of Law*. *British Academy Review*, vol. 18, 2011, pp. 5-6. Curiosamente, nesse texto, o autor tributa sua compreensão do papel dos princípios na ordem constitucional à leitura moral proposta por Ronald Dworkin, para quem a incorporação de princípios morais abstratos pelo direito exige que sejam considerados como efetivos limites morais à atuação estatal. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

²⁶ POSCHER, Ralf. *The hand of midas: When concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate*. In: Von der PFORDTEN, Dietmar; HAGE, Jaap C. *Concepts in Law*. Springer, 2009, pp. 99-100

subsídios para conceitos como vida e morte, mas assim como não se fala de conexão conceitual entre o direito e a medicina, tampouco há de se cogitá-la entre o direito e a moral²⁷. Fenômeno semelhante ocorre em relação a termos técnicos desenvolvidos sistematicamente em diferentes áreas do conhecimento. O direito não se limita a adotá-los, mas modifica-os em função de suas necessidades específicas²⁸.

Qualquer conceito incorporado ao direito converte-se em um conceito jurídico, no sentido de que uma concepção própria para o direito deve ser adotada e desenvolvida segundo os métodos, os valores, os parâmetros doutrinários e a configuração institucional próprios do sistema jurídico ao qual esse conceito foi integrado²⁹.

A relação entre os conceitos comuns ao direito e à moral parece ser particular pelo fato de conceitos centrais do direito ocuparem a mesma posição no discurso moral. Contudo, sua conversão em um conceito jurídico cobra o preço da mudança de seu conteúdo original, embora possa ter servido de base, em uma análise preliminar, para a construção da concepção jurídica do conceito³⁰.

A diferença entre a concepção jurídica da concepção moral de um conceito expresso por um mesmo termo não decorre da carência de “verdade moral objetiva ou de eventual requisito epistemológico”, mas da particularidade dos métodos e formas de argumentação jurídicos e das exigências doutrinárias, históricas e institucionais do direito. Se for verdade que o conteúdo dos conceitos jurídicos não pode ficar entregue aos filósofos, então os juristas não podem abdicar da tarefa de desenvolvê-los, nem fazê-lo como se filósofos fossem³¹.

Pode-se, inclusive, falar de uma relação funcional entre o direito e a moral, na medida em que aproximar a concepção jurídica da concepção moral de um conceito comum aprimora as condições de efetividade empírica do direito, entretanto isso não implica a equivalência entre as concepções jurídica e moral, pois “o direito sempre pode modificar concepções morais”³².

Especificamente sobre a leitura moral da Constituição proposta por Ronald Dworkin, Ralf Poscher considera equivocado sustentar a imprescindibilidade dos princípios e teorias morais para a solução dos casos difíceis, ignorando a distinção entre conceito e concepção para cuja consolidação ele mesmo – Dworkin – contribuirá³³.

²⁷ POSCHER, Ralf. The hand of midas: When concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate. In: Von der PFORDTEN, Dietmar; HAGE, Jaap C. Concepts in Law. Springer, 2009, pp. 111-112.

²⁸ POSCHER, Ralf. Op. cit., pp. 99-100.

²⁹ POSCHER, Ralf. Op. cit., pp. 103-104.

³⁰ POSCHER, Ralf. Op. cit., pp. 104-106.

³¹ POSCHER, Ralf. Op. cit., pp. 107.

³² POSCHER, Ralf. Op. cit., pp. 112.

³³ POSCHER, Ralf. Op. cit., pp. 114.

A indeterminação dos conceitos tem a ver com o texto, mas não só com ele – e excluída está a indeterminação moral desses conceitos. Textos de baixa densidade semântica podem ser lidos como “plenos de conteúdo” se a leitura for informada pela prática e consenso anteriores em torno do sentido dos termos positivados³⁴. A normatividade não é atribuída a esses elementos não textuais, mas ao sentido do texto cuja construção (ou reconstrução³⁵) foi feita com base em tais elementos. A indeterminação decorre mais de um fato do que do texto³⁶. Contudo, atribuir aos conceitos jurídicos a mesma indeterminação dos conceitos morais não só agrava essa situação como é uma postura contrária à autonomia do direito.

Essas considerações admitem que certos dispositivos, principalmente os referentes a direitos fundamentais, possam ser interpretados como regras e como princípios³⁷, de modo que a Constituição não seja interpretada como um conjunto fechado só de regras ou só de princípios, mas como um conjunto harmônico de preceitos rígidos convivendo normas mais vagas e flexíveis, ambos com funções diferentes e complementares.

2.2 ELEMENTO PROCESSUAL

A distinção entre as linhas de decisão ativistas elencadas na primeira parte deste trabalho estão intimamente associadas com as vias processuais pelas quais as questões políticas são levadas ao Poder Judiciário.

O constituinte originário, assim como o reformador, reforçou o controle concentrado de constitucionalidade, instituindo ações abstratas para a sanção da inconstitucionalidade por ação (ADI), por omissão (ADO) e por descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF) e para a confirmação da constitucionalidade das leis e atos normativos federais (ADC). Como o Supremo Tribunal Federal não pode se recusar a julgar essas ações³⁸, diz-se que o desenho institucional contribui para a judicialização da política³⁹.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pp. 31-35.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 67.

³⁷ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, pp. 68-71.

³⁸ FERRERES, Victor. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley em um tribunal especial: Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Yale Law School SELA papers, pp. 9-18, pontua a dificuldade dos Tribunais Constitucionais em evitarem as questões constitucionais. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=yls_sela>. Acesso em 22.09.2013.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, vol. 2, n. 21, jan./jun. 2012, pp. 7-8. O autor é claro ao classificar a judicialização da política como um “fato inelutável (...) e não uma opção política do Judiciário”. Ao

Nesse aspecto, os processos de índole subjetiva (ações ordinárias, mandados de segurança, *habeas corpus* etc.), diferentemente das ações abstratas, delimitariam de forma rígida o âmbito de produção dos efeitos da decisão judicial. Contudo, alguns mecanismos foram criados para expandir a eficácia das decisões proferidas em sede de controle difuso, como a repercussão geral (art. 102, §3º, da CF/1988 e arts. 543-A e 543-B, do Código de Processo Civil) e a súmula vinculante (art. 103-A da CF/1988).

Importa, neste momento, ressaltar que as ações populares e as ações civis públicas, cujo objeto não é o controle de constitucionalidade⁴⁰, têm sido utilizadas para a judicialização da política e das relações sociais⁴¹, provocando a manifestação dos órgãos judiciais singulares e colegiados sobre a constitucionalidade das mais diversas políticas públicas adotadas nas três esferas de governo⁴². Essa prática cria as condições para que, pela combinação dos elementos normativo e teórico-aplicativo, assim denominados neste texto, as instâncias judiciais ordinárias interfiram de modo direto e ativista na execução dos programas políticos articulados pelos Poderes Executivo e Legislativo⁴³.

Cabe, por fim, mencionar duas vias de provocação do Supremo Tribunal Federal que exigem da Corte elevado grau de contenção (*self-restraint*), sob pena de incorrer em ativismo.

A primeira é proporcionada pelo mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição pátria, quando a norma a ser regulamentada for de competência de um dos órgãos indicados no art. 102, I, q, da Carta, ou seja, quando o impetrante visar “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” inviabilizados pela ausência de ato normativo primário. A jurisprudência da STF retrata a gradativa expansão da atuação da Corte⁴⁴, que, na omissão do Congresso Nacional,

contrário, o ativismo “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 10.

⁴⁰ “O sistema de controle de constitucionalidade encontra-se em fase de transição, reclamando aperfeiçoamentos no plano do direito positivo e no nicho exclusivamente jurisprudencial. A adoção da ação civil pública, por exemplo, e sua eventual utilização como instrumento de controle de constitucionalidade tem ensejado intensa discussão sobre a adequação desse instrumento como mecanismo de controle incidental de normas”. MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002 – 2010. São Paulo: Saraiva, 2011, edição digital, posição 783.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 234 e 238-240.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, vol. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 9.

⁴³ Como essas ações não visam o controle de constitucionalidade, o polo passivo tende a ser ocupado por entidade da Administração Pública. Assim, o ato combatido tem origem no Poder Executivo. De lado os atos da Administração viciados por violação ao princípio da legalidade, os demais, em regra, encontram guarida em atos normativos emanados pelo Poder Legislativo.

⁴⁴ Tendência não verificável na jurisprudência formada em torno dos limites do decisão declaratória de omissão inconstitucional em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). O Supremo Tribunal Federal tem respeitado os termos do art. 103, §2º, da Constituição de 1988, ou seja, não se substitui ao legislador, apenas

dispõe sobre o regime jurídico de direitos não regulamentados, de que são exemplos notórios os MI 721/DF e MI 670/ES.

O segundo meio de acesso ao STF decorre de construção jurisprudencial, cuja origem remonta ao MS 20257/DF, julgado na vigência da Constituição anterior. Trata-se do mandado de segurança impetrado por parlamentar contra ato que configure quebra do devido processo legislativo, como a tramitação de proposta de emenda constitucional que não observe os requisitos formais ou materiais do art. 60 da Constituição Federal. Na hipótese de alegar-se que a alteração pretendida pela proposta implicaria violação de cláusula pétrea, o Supremo é chamado a emitir verdadeiro juízo de constitucionalidade com caráter preventivo, abreviando a discussão política sobre a matéria de fundo.

2.3 ELEMENTO INDUTOR

O elemento indutor refere-se aos agentes que provocam o Poder Judiciário a manifestar-se sobre uma dada matéria e à institucionalização de canais de contato entre o órgão judicial e os interesses da sociedade.

Na primeira perspectiva figura a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações abstratas perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103 da CF/1988). Do monopólio ministerial passou-se à legitimação de todos os atores políticos relevantes, bem como dos grupos de interesse organizados. O receio de concentrar essa atribuição em um só órgão, pois esse poderia render-se a razões políticas ou corporativas, motivou a dispersão dessa prerrogativa. A experiência, todavia, demonstra que esses propósitos alimentam muitas das ações ajuizadas. Em outras palavras, contribuiu objetivamente para a judicialização e, na medida em que cada autor propõe a sua interpretação acerca do conteúdo dos princípios constitucionais⁴⁵, contribuiu indiretamente para o ativismo judicial.

Ademais, a intensidade com que esses atores recorrem à jurisdição constitucional, por si só, traz visibilidade às decisões do STF, que passa a ter suas decisões questionadas pela opinião pública. Pois, se as normas são o produto da atividade de interpretação dos textos normativos, todo intérprete propõe a norma que resulta da sua interpretação. Isso, porém, não justifica qualquer proposta de interpretação. Há limites que não podem ser ultrapassados, como o sentido mínimo do texto. Por outro lado, de todo duvidoso que as ações diretas sejam

indicando a esse seu dever constitucional de legislar. Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 245.

propostas apenas no intuito de salvaguardar a ordem constitucional. A motivação imprime as feições da interpretação proposta pelo autor da ação, surgindo, em consequência, os questionamentos da opinião pública. A gama de interpretações com as quais o Tribunal toma contato aumenta consideravelmente, sendo que a ação pode ser lida como um convite à adoção daquele entendimento. A aceitação, por óbvio, enquanto mantiver sua independência, dependerá unicamente da própria Corte.

Ainda no aspecto de provocação da atuação jurisdicional, desponta o papel ativo desempenhado pelo Ministério Público⁴⁶, sobretudo no manejo das ações civis públicas⁴⁷. Cotidianamente, os representantes da instituição impelem o Judiciário a controlar os atos dos demais Poderes, muitos dos quais legais e legítimos. Para a doutrina, a corporação vale-se das fórmulas em que formuladas suas funções e dos textos que fundamentam sua atuação para “ocupar espaços, ampliando seu prestígio e poder”⁴⁸, articulando-se, institucionalmente, na construção do sentido de textos absolutamente vagos.

Uma forma diversa de estímulo ao ativismo tem curso pela democratização do processo constitucional. À medida que as decisões judiciais assemelham-se a decisões políticas, seja por seu conteúdo, seja por seus efeitos, surge a necessidade de reforçar a legitimação das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade⁴⁹. A natural legitimidade racional do judiciário precisa ser acrescida daquela proveniente de mecanismos democráticos, que ampliam o acesso ao processo constitucional, como visto acima, e a participação na formação do juízo de mérito das questões constitucionais.

A incorporação dos institutos do *amicus curiae*⁵⁰, que abre o processo às contribuições de outros órgãos ou entidades, e das audiências públicas⁵¹, nas quais especialistas e peritos são

⁴⁶ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, pp. 123-125, analisando o período de 1988 a 1998, apontam o elevado grau de procedência das ações diretas ajuizadas pelo Procurador-Geral da República perante o STF.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69.

⁴⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade. In Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin. 2011; HORBACH, Carlos Bastide. Processo constitucional e democracia: Exemplos ibero-americanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 57, out. 2006, p. 82 ss.

⁵⁰ No RE 415454/SC, o Supremo admitiu a intervenção de *amicus curiae*, a despeito de a previsão legal restringir-se aos processos de índole objetiva. Sobre a necessidade de afastar a perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário, conferir MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., posição 158.

⁵¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op. cit., pp. 90-91, traz três fundamentos para a instituição das audiências públicas: a oxigenação das decisões constitucionais, a realização do princípio do pluralismo político e a transparência do debate judicial.

ouvidos em suas áreas de conhecimento, previstos nos arts. 7º, §2º, e 9º, §1º, da Lei 9868/99, promove o contato direto do Supremo Tribunal Federal com razões de decidir extrajurídicas. A participação desses atores e a autoridade científica de seus argumentos legitimam as decisões da Corte, principalmente as ativistas, que careceriam de outra espécie de legitimação.

2.4 ELEMENTO TEÓRICO-APLICATIVO

Nos últimos tempos, teses antes circunscritas ao universo acadêmico migraram para a dogmática jurídica e para a prática jurisprudencial, com o objetivo de promover efeitos positivos sobre a realidade, em um contexto ético e de emancipação e transformação social⁵². O reconhecimento da relevância dos princípios e de sua força normativa deram origem a uma “fase de efervescente criatividade na dogmática jurídica e de sua aproximação com a ética e com a realização dos direitos fundamentais. (...) a serviço dos ideais de avanço social e de construção de um país justo e digno”⁵³.

Como as normas constitucionais não possuem um sentido “único, objetivo e válido para todas as situações sobre as quais incidem”, a aplicação do direito não poderia restringir-se à mera declaração do direito positivo. Em vista do conteúdo “aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente” pelo qual se caracterizam as normas constitucionais, o intérprete atuaria criativamente nos limites da moldura do texto, decidindo por um entre os vários sentidos possíveis de se lhe atribuir. Para essa decisão confluiriam diversos elementos, como os dados fáticos do caso concreto, os princípios incidentes e o fins a serem realizados⁵⁴.

Os princípios consagrariam valores ou fins, não enunciando a ação concreta a ser adotada para sua promoção. Disso decorreria a necessidade de maior participação do intérprete na definição da conduta adequada. Justamente por sua carga valorativa, a delimitação do conteúdo do princípio “estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete”⁵⁵.

Uma segunda consequência da ausência de relato normativo completo por parte dos princípios diz respeito à sua aplicação. O método da subsunção, pelo qual tradicionalmente são

⁵² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, vol. 57, 2003, pp. 310-312.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 307.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., pp. 308-309.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 316.

aplicadas as regras, não daria conta da complexidade de uma ordem constitucional fundada em princípios, que exige o mínimo sacrifício de cada um deles⁵⁶.

A incidência simultânea de mais de um princípio a um mesmo fato só poderia ser resolvida por meio da ponderação dos princípios em conflito. A singularidade dessa técnica de decisão residiria na atribuição de peso a cada um dos princípios aplicáveis e na aplicação graduada, de acordo com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, dos princípios de maior peso em detrimento dos demais⁵⁷.

Como (i) as Constituições democráticas atuais compõem-se de princípios e regras, como (ii) os princípios possuem a mesma força normativa das regras e, portanto, devem ser aplicados, e como (iii) a aplicação dos princípios não pode ser feita pelo método subsuntivo, então, conclui-se, que (iv) a ponderação é, antes de uma opção filosófica ou ideológica, uma necessidade. Esse raciocínio aplicar-se-ia integralmente ao direito constitucional pátrio, em vista do amplo catálogo de direitos fundamentais⁵⁸ e dos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro.

No entanto, inovação pretendida por esse novo direito constitucional é duvidosa. Após passar em exame os princípios interpretativos preconizados pela nova hermenêutica constitucional, quais sejam, os da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da efetividade e da razoabilidade ou proporcionalidade, Carlos Bastide Horbach apontou máximas correspondentes a cada um deles na clássica doutrina constitucional de Carlos Maximiliano⁵⁹.

Da constatação de que a nova hermenêutica constitucional é substantivamente tradicional, sendo apenas formalmente moderna (ou pós-moderna), segue a conclusão de que o discurso possui a função retórica de justificação da “extrapolação das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição”⁶⁰. A atividade interpretativa, fundamental na delimitação do âmbito funcional da jurisdição e da guarda da

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, vol. 57, 2003, p. 318.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., pp. 319-321.

⁵⁸ Confira-se a posição doutrinária de Gilmar Mendes, que, peremptoriamente, adota a teoria externa dos direitos fundamentais, concebendo-os como princípios. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, edição digital, posição 34.

⁵⁹ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. Revista dos Tribunais, vol. 859, mai. 2007, p. 84 ss.

⁶⁰ HORBACH, Carlos Bastide. Op. cit., p. 88.

Constituição, encontra-se livre do constrangimento normativo imposto pelos textos das leis e da Constituição, pois não existe mais “um sentido verdadeiro da norma”⁶¹.

As novas teorias, ditas pós-positivistas, aproximam-se perigosamente do positivismo normativista de Kelsen, para quem a norma individual do caso concreto, a sentença, não era mais do que o sentido de um ato de vontade, cuja validade persistiria enquanto não anulada por instância judicial superior⁶².

Em última análise, a discricionariedade judicial kelseniana continua presente. Da constatação de que a atividade interpretativa é inerentemente criativa, na medida em que são atribuídos significados aos signos linguísticos pelos quais são vazados os textos normativos, não se segue que os juízes são coautores do direito. A constatação é geral, refere-se a qualquer interpretação, tanto a jurídica, quanto a literária. A consequência é específica, modifica a posição do intérprete-juiz em relação ao direito⁶³. Contudo, assim como o leitor, ao ler a obra literária, não cria o romance, o juiz, ao interpretar os textos normativos, não cria o direito. O termo “criação”, aqui, está sendo empregado em sentido forte, distinto de “reconstrução”, por exemplo, que poderia ser utilizado na analogia sem quebra do paralelismo.

Horbach identifica, como subproduto do neoconstitucionalismo e de sua hermenêutica, uma crise de mentalidade acerca das funções jurisdicional, legislativa e de guarda da Constituição⁶⁴. Não obstante outros fatores institucionais possam contribuir para o exercício inadequado das funções típicas de cada órgão, extrapolando seu papel, essa crise de mentalidade possui importância ímpar, pois conforma qualquer arranjo institucional de que se cogite, atual ou futuro.

Em suma: quando as concepções particulares de justiça fundamentam a interpretação das expressões abertas consagradas no texto constitucional, as quais, por sua vez, servem de parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade das leis contrárias, na verdade, ao senso de justiça pessoal do intérprete.

⁶¹ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, vol. 859, mai. 2007, p. 88.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61, identifica a marca voluntarista da prática forense lastreada no neoconstitucionalismo.

⁶³ “O compromisso com os valores transformou as sentenças da jurisprudência constitucional numa tarefa criativa”, afirma Cabral de Moncada sobre as decisões do Tribunal Constitucional português. MONCADA, Luís S. Cabral de. *Sobre a interpretação da Constituição*. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 480.

⁶⁴ HORBACH, Carlos Bastide. *Op. cit.*, p. 92.

3 NOTAS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial tem por causa determinante uma compreensão equivocada da função jurisdicional, seja ordinária, seja constitucional, em virtude dos postulados do novo direito constitucional, neoconstitucionalismo ou, na terminologia de Luigi Ferrajoli, constitucionalismo principialista⁶⁵.

O neoconstitucionalismo, em primeiro lugar, ignora que a Constituição não se compõe apenas de princípios, mas também de regras. Aliás, quantitativamente, mais de regras do que de princípios. Contudo, o certo é que não se pode estabelecer a maior importância de uma dessas espécies normativas em relação à outra, pois cada uma cumpre funções diferentes na ordem jurídica⁶⁶.

Em segundo lugar, a vulgarização do método da ponderação pressupõe que os princípios constitucionais sempre devem ser aplicados aos casos concretos. Enquanto diretriz interpretativa (não está se falando da interpretação conforme), sim; como normas de solução da lide, não. Isso porque a Constituição não pode ser seletivamente aplicada.

A efetivação dos direitos fundamentais ocorre no contexto político-institucional organizado pela Constituição. Os princípios democrático e do Estado de Direito conformam todas os níveis de produção e aplicação do direito, pois são princípios estruturantes da ordem jurídico-política⁶⁷. A eminência do princípio da legalidade decorre justamente de ele fazer a articulação entre a concretização dos direitos fundamentais e esses princípios estruturantes.

Assim, entre a regra legal não inconstitucional e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, o intérprete-aplicador deve subsumir o fato à regra legal, e, não, a uma regra individual produzida por meio da ponderação⁶⁸.

Em terceiro lugar, o ativismo judicial viola a separação dos Poderes, ao esvaziar, sobretudo, as funções do Poder Legislativo. A Constituição proclama a soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/1988), assegura o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/1988) e atribui ao Poder Legislativo a regulação de todas as matérias de competência da União (art. 48

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009, pp. 4-7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20.12.2013.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 126.

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83, critica a aplicação dos princípios constitucionais sem a prévia declaração da inconstitucionalidade das regras legais imediatamente aplicáveis ao caso concreto.

da CF/1988), ou seja, indica o titular do poder – o povo –, o seu modo de exercício – pelas leis – e quem o exerce – os representantes do povo reunidos em assembleia.

Por fim, o neoconstitucionalismo toma os princípios jurídicos por valores, fragilizando a normatividade constitucional. Os princípios constitucionais não são valores, interpretados segundo as concepções de cada um, mas normas jurídicas, cujo conteúdo e alcance devem ser desenvolvidos pela doutrina constitucional, de acordo com os métodos próprios da ciência jurídica.

Nas sociedades plurais e complexas não há mais verdades evidentes. A estabilização dos conflitos morais e a redução da incerteza e da arbitrariedade exigem a formulação de regras como guia de conduta⁶⁹, não só de normas finalísticas. A edição dessas regras cabe ao Poder Legislativo, cujos procedimentos são mais adequados ao debate político público⁷⁰ e à deliberação, a “busca [de] algo que não é evidente mas se sabe que existe”⁷¹.

CONCLUSÃO

Nas atuais democracias constitucionais, a judicialização da política é um fato incontornável. O ativismo judicial, porém, não é consequência necessária da judicialização. A decisão, por um imperativo lógico e cronológico, sempre vem depois do ajuizamento da demanda, não antes. Assim, enquanto for independente, o magistrado sempre será senhor de suas razões de decidir.

No caso brasileiro, a associação de uma Constituição analítica e repleta de princípios com as múltiplas vias de acesso ao Poder Judiciário, sem falar no sempre possível controle difuso, cria as bases objetivas para a judicialização da política.

A legitimação de inúmeras instituições para a proposição de ações abstratas perante o Supremo Tribunal Federal somada à abertura do processo constitucional à participação de interessados e de especialistas efetivamente judicializam a política e, mais do que isso, estimulam o ativismo judicial, ao trazer para o debate jurídico elementos e argumentos de outros domínios.

A internalização pelos juízes e tribunais ordinários e pelo Supremo Tribunal Federal dos postulados do neoconstitucionalismo, como a máxima efetividade das normas constitucionais,

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009, p. 18. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20.12.2013.

⁷⁰ WALDRON, Jeremy. Thoughtfulness and the Rule of Law. *British Academy Review*, vol. 18, 2011, p. 11.

⁷¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 40.

com foco na concretização dos direitos fundamentais, viabilizada pela vulgarização da ponderação de princípios, gera uma crise de mentalidade que resulta no ativismo judicial.

A causa determinante do ativismo é endógena ao Poder Judiciário, razão pela qual seu combate depende mais de um movimento teórico-cultural do que de reformas no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALLAN, James. The travails of Justice Waldron. In: HUSHCROFT, Grant (ed.).

Expounding the constitution: essays in constitutional theory. New York: Cambridge University Press, 2008.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado.** Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20.12.2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **As ruas, a opinião pública, a Constituição e o Supremo.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinioao-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 10.01.2014.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, vol. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral.** Rio de Janeiro, vol. 57, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Fabris, 1984.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica**

e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRERES, Victor. **Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley em um tribunal especial: Algunas reflexiones acerca del activismo judicial**. Yale Law School SELA papers. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=yys_sela>. Acesso em 22.09.2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, vol. 859, mai. 2007.

HORBACH, Carlos Bastide. Processo constitucional e democracia: Exemplos ibero-americanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 57, no 14, out./dez 2006.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, 2004.

LEAL, Roger S. A Convergência dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade. Aspectos Processuais e Institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 57, ano 14, out./dez. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, edição digital.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002 – 2010**. São Paulo: Saraiva, 2011, edição digital.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

POSCHER, Ralf. The hand of midas: when concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate. In: Von der PFORDTEN, Dietmar; HAGE, Jaap C. **Concepts in Law**. Springer, 2009.

- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARTORI, Giovanni. **Comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes**. 2a ed. New York: New York University Press, 1997.
- SEGADO, Francisco Fernández. **Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional em América Latina**. Bologna: CLUEB, 2006.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para cééticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WALDRON, Jeremy. Thoughtfulness and the Rule of Law. **British Academy Review**, vol. 18, 2011.