

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

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/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**A TEORIA DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, DE
HÄBERLE, COMO ALTERNATIVA AO POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL:
ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO**

**THE THEORY OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, OF PETER
HÄBERLE, AS AN ALTERNATIVE TO JURISPRUDENTIAL POSITIVISM:
ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE**

**Elísio Augusto Velloso Bastos
Felipe Garcia Lisboa Borges**

Resumo

A possibilidade de o Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, julgar nula uma lei aprovada pelo Poder Legislativo é problemática, justamente por suscitar questões acerca da legitimidade democrática de tal controle, na medida em que se trata de um juiz derrubando uma lei (manifestação de vontade do representante do povo soberano). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem sendo alvo de constantes críticas por seu suposto protagonismo na interpretação da Constituição. Diante dessa problemática, o que se buscou responder neste artigo são as seguintes questões: de quem é a legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade de uma lei, e quem, atualmente, o está fazendo, especificamente, no Brasil? Após a pesquisa, verificou-se que, atualmente, há uma crise política, jurídica e ideológica na Constituição e que o STF vem atuando solitariamente na interpretação constitucional. Como alternativa a esta constatação, a partir da análise da proposta da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Häberle, concluiu-se que uma decisão decorrente de um processo público que congregue manifestação de todos os poderes públicos e a sociedade civil organizada é capaz de legitimar o controle de constitucionalidade de uma lei e, como consequência, de legitimar a própria Constituição.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional. positivismo jurisprudencial. sociedade aberta.

Abstract/Resumen/Résumé

The possibility of the Judiciary, in place of constitutionality control, to judge invalid a law passed by the legislature is problematic, precisely because it raised questions about the democratic legitimacy of such control, to the extent that it is a judge overturning a law (consent from the representative of the sovereign people). In Brazil, the Federal Supreme Court (STF) has been the target of constant criticism for its alleged role in the interpretation of the Constitution. Faced with this problem, it sought to answer in this article the following questions: who is in the position to realize the judicial review, and who is currently doing it, specifically in Brazil? After the search, it was found that, currently, there is a political, legal and ideological crisis in the Constitution, and the Supreme Court has been working in solitude in constitutional interpretation. As an alternative to this finding, from the proposed analysis of the "open society of interpreters of the Constitution" by Häberle, it was concluded

that a decision in a public process that brings manifestation of all public authorities and civil society organizations is able to legitimize the judicial review and, consequently, to legitimize the Constitution itself.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional hermeneutics. jurisprudential positivism. open society.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de o Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, julgar nula uma lei aprovada pelo Poder Legislativo é problemática, justamente por suscitar questões acerca da legitimidade democrática, na medida em que se trata de um ato praticado por um agente do Estado não legitimado pelo voto popular que esvazia o conteúdo de outro ato (lei) praticado por outro agente estatal, cujo acesso ao cargo está vinculado à manifestação de vontade do representante do povo soberano.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem sendo alvo de constantes críticas por seu suposto protagonismo na interpretação da Constituição.

Como exemplo de tal protagonismo pode-se lembrar dos seguintes julgados: a contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas (ADI 3.105), a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico (ADPF 54), a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510), a possibilidade de *impeachment* do presidente Collor (MS 21.564, MS 21.623 e MS 21.689, dentre outros), a análise acerca da inconstitucionalidade da chamada “cláusula de barreira” (ADIs 1.351 e 1.354), as privatizações empreendidas, notadamente, pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, a regularização do direito de greve aos funcionários públicos (MIs 670, 708 e 721), a declaração de incompatibilidade inconstitucionalidade da Lei nº 5250/67, a Lei de Imprensa, com a atual ordem constitucional (ADPF 130), a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes (ADPF 186), a constitucionalidade e aplicabilidade da Lei Complementar 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa (ADCs 29 e 30 e ADI 457), o controle jurisdicional do devido processo legislativo: ordem cronológica dos vetos e criação de novos partidos (AgRg no MS 31.816 e AgRg no MS 32.033), o julgamento do denominado mensalão (AP 470), dentre diversos outros casos.

Diante dessa problemática, o que se investiga neste artigo são as seguintes questões: de quem é a legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade de uma lei, e quem, atualmente, o está fazendo, especificamente, no Brasil?

Para o desenvolvimento desta pesquisa, após o exame de aspectos históricos relevantes da jurisdição constitucional, procedeu-se à análise da teoria de que a Constituição passa por uma crise política, jurídica e ideológica (GARCÍA, 1979, p. 294 a 299).

Na sequência, foi avaliado o atual estágio da jurisdição constitucional brasileira, especificamente no que tange aos autorizados a participar da interpretação do texto constitucional, para tentar responder ao questionamento de quem está realizando a interpretação constitucional no Brasil.

Ainda que a interpretação constitucional signifique mais que controle das leis pelo Judiciário, para os fins deste artigo, a interpretação constitucional foi trabalhada enquanto controle jurisdicional de constitucionalidade.

Em seguida, a partir da verificação da grande difusão da teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de HÄBERLE (2002), no Brasil¹, buscou-se analisá-la, colocando em foco seus déficits, progressos e retrocessos, para tentar responder quem tem legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade de uma lei no Brasil.

A relevância da presente pesquisa é atual e encontra guarida em um momento onde a atuação do Supremo Tribunal Federal é colocada em evidência e sua intervenção nas decisões políticas que determinam o rumo do país é questionada.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A história mostra que o *judicial review* envolve um protagonismo do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. Bastos (2014, p. 13) chega a destacar que, para alguns autores, a supremacia da Constituição implicaria na própria supremacia do Poder Judiciário.

Tal reflexão é feita, dentre outros, por Tushnet (2003, p. 2.784-2.802), afirmando (TUSHNET, 2003, p. 2.783) que, nos EUA o *Judicial Review* deixou de ser o mecanismo pelo qual o Judiciário expressa seu ponto de vista sobre o que é a Constituição, mas o faz em conjunto com as outras instituições, que expressariam, de modo independente, suas respectivas e próprias visões, passando a ser o mecanismo pelo qual apenas o Judiciário teria a responsabilidade pela interpretação constitucional.

Por seu turno, Hirschl (2004, p. 11-12), ao alertar para o que identifica como sendo a expansão do Poder Judiciário por intermédio da constitucionalização e da correspondente

¹ De acordo com Inocêncio Mártires Coelho, a *abertura hermenêutica* do modelo brasileiro de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, ainda que esteja aquém das expectativas, foi inspirada no grande propósito da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Häberle (COELHO, 1998).

aceleração da judicialização da política em diversos países, identifica que o considerável aumento da força do Poder Judiciário é fruto de uma relação entre três grupos: a) elite política ameaçada; b) elite econômica e c) elite judiciária e cortes supremas nacionais.

Outro contundente crítico da expansão do Poder Judiciário é Ely (2010, p. 12-13) que afirma que uma grave e aguda atuação do Poder Judiciário transforma a Constituição formal em constituição não escrita.

Por fim, lembre-se das críticas lançadas por Verdú (1994, p. 75-76). Para o referido autor, a consequência do monopólio do conceito e da prática constitucionais pelos Tribunais “conduce, a veces, a que éstos no se limiten a defender y a interpretar, como instancia máxima, la Ley Fundamental sino a enseñorearla. Expresándolo en términos alemanes: no se reducen a ser el *Hüter* de la Constitución, sino el *Herr* de la misma”

A partir de uma breve retrospectiva acerca do *judicial review* norte-americano, pretende-se partir para uma averiguação mais específica: até que ponto é legítimo o protagonismo do Poder Judiciário?

Neste sentido, o *judicial review*, como se conhece nos dias atuais, foi pela primeira vez exercido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, no julgamento que produziria a decisão judicial mais famosa da história desse país: *Marbury vs. Madison*, considerado, assim, o primeiro caso em que a Suprema Corte declarou que um Tribunal federal poderia recusar a aplicação de legislação do Congresso inconsistente com a interpretação da Constituição defendida por aquela Corte (TRIBE, 1988, p. 23).

Porém, alguns autores citam *Bonham's case*² como um precedente de forte influência ao *Judicial Review*³ (CAPPELLETTI, 1999, p. 57 a 60. PORRAS, 1997, p. 2 a 4), eis que

² A controvérsia teve origem na decisão do *Royal College of Physicians*, que proibiu Bonham de exercer a medicina e o encarcerou. Após seu recurso a *Court of Common Pleas*, Edward Coke decidiu que a jurisdição do *Royal College of Physicians* não se estendia ao referido caso; e que a lei que havia dado aquela potestade ao *Royal College* devia ser considerada nula, por violar a *common law*. A intenção de Coke, ao atacar a lei utilizando a *common law* era combater a antiga concepção do Rei legislando no Parlamento, o que considerava inaceitável (SANCHEZ, 1998).

³ Todavia, constitucionalistas eminentes nos EUA afastam a influência da prática jurisprudencial inglesa no *Judicial Review*. As idéias de Coke foram determinadas por circunstâncias históricas tão determinantes na Inglaterra e na Europa, quanto ausentes nos EUA. Pretender, pois, extrair de Coke os fundamentos para o *Judicial Review* seria errado. De tal controle não falou nem pretendeu falar, Coke. Quando contrapôs o *Common Law* ao Parlamento, apenas o faz enquanto o Parlamento atuar como órgão da vontade do Rei. Reforçava a necessidade de cisão da vontade do Parlamento com a vontade real, reafirmando, com força, a supremacia do parlamento. (SÁNCHEZ, 1998, p. 35 a 39).

nela já presente a ideia no sentido de que, quando ato do parlamento violar a *common law*, esta poderia controlá-lo e torná-lo vazio⁴. Eis importante trecho da decisão

Consta de nossos livros que em muitos Casos (no sentido de ação judicial), a Common Law controlará as Leis oriundas do Parlamento e, em algumas vezes, irá declará-las completamente vazias: quando a Lei for contrária ao Direito comum e à razão, ou repugnante, ou impossível de ser cumprida, a CL controlará tal Lei, declarando-a vazia. (...) Herle afirmou: alguns diplomas são contrários à *common law* e ao direito e não podem ser executados. (GRABER e GILLMAN, 2015, p. 148 - 152)⁵

Seja como for, é certo que os Estados Unidos da América foram, assim, os primeiros a enfrentar o problema, na medida em que a polêmica causada pela própria natureza da inovação, que contava com críticos ferrenhos e poderosos, foi agravada não apenas pela ausência de expresso dispositivo constitucional que abrigasse a teoria, mas, também, pelo fato de que a Constituição desse país vinculava a permanência no cargo de magistrado à prestação de bons serviços. (BASTOS, 2009, p. 50)

No que tange à natureza da inovação, lembre-se que a prática envolve uma alteração no então modelo majoritário da supremacia do Parlamento, passando a um modelo no qual a supremacia é da Constituição, e no âmago dessa supremacia reside, como salientado, a supremacia do Poder Judiciário em ofertar a última interpretação acerca de seu conteúdo normativo.

Com o *judicial review*, pois, alterou-se, assim, em essência, as funções de algumas instituições jurídico-políticas mais tradicionais da história. Por tudo isso é que o tema, *per se*, foi capaz de gerar e continuar gerando, até os dias atuais, debates acalorados e defesas apaixonadas. Ademais, com a jurisdição constitucional cria-se uma nova e importante fonte para o direito: a jurisprudência constitucional (RUIZ, 2005, p. 47).

Como se já não bastasse a essência conflituosa do tema, a situação agravou-se nos Estados Unidos da América, na medida em que se, por um lado, era possível e razoável sustentar que a supremacia da Constituição brotava, claramente, do texto constitucional, por

⁴ Coke usa o termo *void*, o mesmo a ser usado por Marshall em *Marbury x Madison*.

⁵ Tradução livre.

outro, a supremacia judicial de interpretá-la guardava, em rigor, pequena relação com o referido diploma legal.

Isso acarretou, o que em uma leitura mais atenta se poderá perceber, o fato de a decisão proferida por Marshall, em 1803, ter se baseado mais em princípios do que, propriamente, no direito escrito e supremo dos Estados Unidos. O raciocínio de Marshall, portanto, foi mais jusnaturalista⁶ do que positivista, na medida em que identificou certos princípios reconhecidos pela sociedade estadunidense há muito tempo.

Mas, indaga Sánchez (1998, p. 120 a 121), de modo pertinente, onde, exatamente, estariam tais princípios que pareciam tão claros para Marshall, mas, que para muitos de seus críticos, até hoje não foram detectados? O próprio Marshall já respondia: tais princípios encontram-se na natureza das coisas e na razão.

É fácil, assim, perceber que o construto utilizado por Marshall para defender o controle jurisdicional da Constituição, embora muito bem formulado e alicerçado, encontrava-se repleto de juízos subjetivos, verdades até hoje questionáveis, na medida em que a natureza das coisas dependerá, sempre, da natureza de seu observador.⁷

Assim, é possível afirmar e importante perceber que desde o seu nascedouro a *judicial review* não é, *per se*, “um seguro de vida jurídico nem político” (HÄBERLE, 1997, p. 243) há medida em que não está blindada de influxos ou influências políticas ou subjetivas. Nesse sentido, vale citar o exemplo da Corte Warren, que pode ser qualificado como o período de maior intervenção da Suprema Corte norte-americana nas decisões políticas. Nos EUA, país consagrado como o berço do *judicial review*, esse tipo de intervenção da Suprema Corte passou por várias fases. Sanchez (1998, p.124) faz a seguinte observação:

El Tribunal atacó en los distintos ciclos de activismo muy diferentes clases de legislación federal: bajo la jefatura de Chase, principalmente leyes monetarias; bajo Waite, legislación laboral; bajo White. Taft y Hughes, normas de regulación de la economía; y bajo Warren, las leyes sobre la libertad de expresión y los derechos del acusado, ya en la era de los derechos

⁶ Lembra GHIGLIANI (1952, p. 22), que no pensamento dos norte-americanos cultos do século XVIII a doutrina política tinha sólido fundamento no direito natural.

⁷ Nesse sentido, pode-se lembrar que, quando MONTESQUIEU (2004, p. 17) identificava as leis, no seu significado mais amplo, como “as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, almejava, ao Poder Judiciário, contudo, um papel completamente diferente do que defendia Marshall.

civiles y desde un activismo progresista (que se abre con la transcendental sentencia de 1954 contra la segregación racial en las escuelas).

A crítica está no fato de o Judiciário, ao atuar solitariamente na interpretação da Constituição, não possuir legitimidade para decidir politicamente em sede de controle de leis aprovadas democraticamente pelo Legislativo. Ainda que os casos levados à Suprema Corte demandem posicionamentos de reconhecido teor político, o Judiciário, ao menos nos moldes atuais, convive com a crítica da insuficiência democrática.

O Legislativo, por exemplo, ao ser eleito pelo povo e ter de representar, primordialmente, a vontade deste eleitor, acaba possuindo uma representatividade maior de grupos plurais, ao contrário do Judiciário, que não é eleito democraticamente e acaba não representando devidamente essa pluralidade. Logo, é visto, desde suas origens, com reservas, o poder atribuído ao Judiciário para anular uma lei que foi aprovada no Legislativo.

A atuação solitária do Judiciário na interpretação constitucional, vale ressaltar, sem a participação da sociedade e dos outros poderes, acaba não superando a crítica supracitada e esbarra em acusações de ativismo judicial, violação dos limites entre poderes etc.

3 A CRISE NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição passa por uma importante crise, que seria, pois, política, jurídica e ideológica. (GARCÍA, 1979, p. 294 a 299)

A crise jurídica revelar-se-ia pelo fato de que a Constituição e o direito emitido com base em sua normatividade deixam de ser vistos como elementos de resolução da crise, pelo que grupo e associações privadas passariam a ser mais fortes e eficazes do que o próprio Estado para garantir a proteção a seus membros. A lei, como reflexo destas relações de poder, passaria a funcionar como uma espécie de convênio com os grupos de interesses privados, perdendo sua generalidade, característica que lhe conferia poder normativo, outrora. (GARCÍA, 1979, p. 294 a 299).

A crise política, por seu turno, seria fruto da tentativa da Constituição em celebrar um pacto entre forças contraditórias, com interesses sociais distintos, deixando de ser “uma armadura de um sistema legal homogêneo bem com a arma de um governo eficaz”, passando a ser o palco para a atuação de interesses imediatos e deixando de ser o fonte de inspirações

políticas, passando a ser, pois, um “relicário de princípios desprovidos de qualquer virtude” simplesmente por pretende-las todas. (GARCÍA,1979, p. 296)

Fruto deste pacto entre forças contrárias seria a adoção da denominada linguagem aberta ou principiológica. Neste sentido, Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana, em regra cláusulas pétreas, passam a formar comandos gerais demais para limitar a atuação judicial, pelo que o juiz constitucional teria por função maior a defesa de uma ordem objetiva de valores constitucionais, indisponíveis até mesmo ao legislador constitucional (GARCÍA,1979, p. 302). É um poder tão fascinante, quanto perigoso.

Deste modo, princípios como Separação de Poderes e a proibição do Mandato imperativo seriam meras ficções, sobretudo em face de que o voto do parlamentar, atualmente, no processo legislativo, segue a orientação do partido político. Surgiria, assim, uma nova forma de se alcançar e manter o equilíbrio político para além da separação de poderes: “considerando que os partidos políticos podem, ao mesmo tempo, ocupar o legislativo e o executivo, a luta por equilíbrio se dá entre os partido que ganhou a eleição e que poderá perder a próxima e o que perdeu a eleição, mas poderá ganhar a próxima”. (GARCÍA,1979, p. 297)

A crise ideológica teria se formado a partir das crises jurídica e política, e desembocaria do crescente distanciamento da legalidade constitucional como instrumento de legitimidade. (GARCÍA,1979, p. 298)

A crise da Constituição é tão grave que possibilita ao cientista do direito, inclusive, indagar-se acerca da necessidade ou mesmo utilidade de nos preocuparmos com os mecanismos de defesa do ordenamento constitucional. Ao responder a indagação, GARCÍA (1979, p. 299 a 303) cai na armadilha de parecer desejar atribuir ao Poder Judiciário o papel preponderante para tirar a Constituição da crise que se encontra. Ao assim fazê-lo, acerta no diagnóstico, mas erra no tratamento.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Segundo alguns autores, dentre os quais Martins (2011, p. 160), o Supremo Tribunal Federal está nitidamente exercendo poderes legislativos. Evidente que a questão não é simples, nem de diagnóstico e nem de soluções, mas, não obstante o protagonismo claro do Supremo Tribunal Federal em diversas questões – uma das mais recentes ao editar comando

geral e abstrato acerca do aviso prévio, nada obstante a lei vigente que regula a matéria ser inequivocamente constitucional (prevê os 30 dias que a Lei Suprema impõe como mínimo) –, não se encontrará, no Texto da Constituição da República, normativo que lhe permita uma atuação sem limites, desprovida, pois, de controle.

A questão é vista, por muitos, à luz do denominado ativismo judicial. Ou seja, uma postura proativa do Supremo Tribunal Federal, que, diante da omissão legislativa, tenta dar efetividade ao texto constitucional por seus próprios meios.

Esta discussão é atual no Brasil e faz-se premente em um momento em que o Supremo Tribunal Federal assume um contundente protagonismo na vida da sociedade brasileira, sobretudo em face da contínua e, ao que parece, crescente crise de legitimidade que se abate sobre os Poderes Legislativo e Executivo Federais⁸. Ávila (2011, p. 150) define ativismo judicial como sendo “a expressão que designa o exercício da atividade judicial que desrespeita, porque a descaracteriza, a função típica do Poder Legislativo”, que é a de criar, democraticamente, normas gerais e abstratas.

Por seu turno, Cezaroti (2011, p. 85) entende que o ativismo judicial deve ser entendido como o exercício da função jurisdicional para resolver problemas que, *a priori*, seriam de natureza política e, por isso, de competência do Legislativo ou Executivo, pois foram eleitos democraticamente pela maioria do povo. Roberts (2007, p. 574-575), analisando tal ativismo no contexto dos Estados Unidos da América, descreve atividades que podem ser enquadradas no conceito, mas alerta que o termo na maioria das vezes tem significado pejorativo:

More academically the activist label has been used as a descriptor for opinions in which judges do any of the following: overturn the will of the people by striking down legislation; unconstitutionally infringe on other branches of government; reach an interpretation that exceeds a text’s original meaning or its plain language, locate a right in so-called penumbras; rule on a predetermined, ideological, or partisan basis; overrule precedent or fail to

⁸ Os crimes identificados no denominado Mensalão e os atualmente investigados ocorridos na Petrobras, revelam que os Poderes Executivo e Legislativo Federais possuem uma relação institucional corrompida e profundamente maléfica para a República. As manifestações populares que ocorreram em todos os Estados da Federação no dia 15 de março do corrente ano (2015), parecem demonstrar o tamanho da desconfiança popular para com tais Poderes.

overrule precedent; create or executing a new or extraordinary remedy; or cite to foreign precedent for constitutional interpretation.⁹

Roberts (2007, p. 574-575), ademais, pretende definir o termo ativismo judicial exemplificando algumas ações típicas, como, por exemplo: ameaça à vontade do povo pelo controle da legislação; infringência inconstitucional a outros ramos do governo; interpretação que excede significado original de um texto; ignorar precedente ou deixar de ignorar precedente; criar ou executar um remédio novo ou extraordinário; ou citar a precedente estrangeiro para a interpretação constitucional.

Para Bhagwati (1992, p. 1263-1264), que foi *Chief Justice* da Suprema Corte da Índia (1985-1986) e um dos pioneiros do ativismo judicial no país, o termo ativismo judicial é escorregadio, contudo, tem um significado e este guarda relação com o fato de a Suprema Corte intervir no processo de governo.

5 ATIVISMO JUDICIAL E LINGUAGEM ABERTA

Analisando a tentativa de definição de ativismo judicial pelos autores supracitados, duas críticas parecem estar presentes: a invasão da competência de outros poderes e a insuficiência democrática do Poder Judiciário para o controle da legislação e interpretação constitucional.

A lógica do razoável impede negar-se que os juízes, em alguma medida, criam direito. Sucede que, como já foi dito, em uma Constituição onde os princípios pretendem ter força normativa, há sempre um espaço muito amplo para a interpretação judicial. O problema parece ser, pois, incontornável.

Explicando melhor: os princípios, tidos e havidos como mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, admitem, também por isso, sua realização em diferentes níveis (ALEXY, 2008, p. 90).

⁹ Academicamente, o rótulo ativista tem sido usado como um descritor para opiniões em que os juízes fazem qualquer um dos seguintes: derrubar a vontade do povo pela derrubada da legislação; inconstitucionalmente infringir outros ramos do governo; chegar na interpretação que excede significado original de um texto ou a sua linguagem simples, localizar um direito nas chamadas penumbras; pronunciar-se sobre uma pré-determinada, ideológica, base partidária; ignorar precedente ou deixar de ignorar precedente; criar ou executar um remédio novo ou extraordinário; ou citar a precedente estrangeiro para a interpretação constitucional (ROBERTS, 2007, p. 574-575, tradução nossa).

Dessa forma, para que os princípios tenham meios de condicionar a realidade prática e, destarte, possuir força normativa, é necessária considerável abertura para a atividade interpretativa, dentro da qual o intérprete irá avaliar em que medida o princípio pode e deve ser aplicado, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Acredita-se estar superada a doutrina que defende que a tarefa do juiz seja o de mero porta-voz da lei, como dizia Montesquieu “a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2004, p. 175), até porque a figura do juiz neutro chega a ser uma falácia, na medida em que se trata de um ser humano com determinada bagagem cultural, política, determinadas experiências de vida e percepções do mundo. Seria ingenuidade acreditar que suas decisões não incorporam seus próprios valores.

Assim, aparentemente, as críticas ao ativismo judicial residem menos nesta abertura à atividade interpretativa do juiz, proporcionada pelos princípios, e mais na suposta insuficiência representativa do Judiciário, eis que seus membros não são escolhidos por intermédio da representação popular; e na invasão da competência do Legislativo que talvez seja o mais representativo e pluralista de todos os poderes públicos.

Parece ser uma forma limitada de ver o problema.

A linguagem aberta, acompanhada de uma cidadania fraca (uma reduzida sensação de pertencimento político por parte do cidadão) e de Poderes Políticos em crise (O parlamento brasileiro, há algum tempo, e o Executivo, recentemente), são elementos essenciais para explicar o ativismo judicial.

A questão da legitimidade, pois, é uma falsa questão. Afinal, quase duzentos anos passados após a sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Marbury vs. Madison* (1803); mais de cento e dez anos após a decisão do STF, no HC 408 (1893), onde se afirmou, pela primeira vez, de maneira explícita, em solo brasileiro, o poder do Supremo em realizar o controle de constitucionalidade das leis; e quase 90 anos sobre a criação do Tribunal Constitucional austríaco, não parece incorreto afirmar que “estão definitivamente superadas, em termos práticos, as objeções tradicionais ao controle judicial da conformidade constitucional dos actos do poder, designadamente as leis” (MOREIRA, 1995, p. 177).

Os países que adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade são inúmeros desde 1803, num processo inserido na expansão global do Poder Judicial, como observam Tate e Vallinder (1995, p. 02 e 03).

Mais vale, pois, analisar a questão à luz da importância que os princípios passaram a ter no ordenamento jurídico moderno, bem como a profunda carga de normatividade que passaram a expressar.

Assim, a linguagem aberta inerente aos princípios, cumulada com a força normativa que se atribui a tais normas, somada à flexibilidade de métodos e de técnicas interpretativas carentes de balizamentos efetivos, têm demonstrado que o juiz, em tese, pode substituir as decisões do constituinte por seus próprios critérios morais. Caminhará avançando, até onde encontrar limites.

O significado semântico é, pois limite de suprema flexibilidade em normas que asseguram o direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição da República), a dignidade da pessoa humana (ART. 1º, III, da Constituição da República), o pluralismo político (art. 1, V, da Constituição da República), direito à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 6º, *caput*, da Constituição da República), dentre outros.

Como exemplo nítido desta crise vejamos a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a quando do julgamento da ADPF 54, que pretendeu autorizar a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, onde os Ministros interpretaram o Direito à incolumidade Física, o Direito à Vida e até mesmo a Dignidade da Pessoa Humana para chegarem a soluções tão diversas quanto razoáveis.

Há diversos outros exemplos da mesma natureza, ou seja de hipóteses onde a exegese de normas principiológicas produziram decisões, no Supremo Tribunal Federal, tão coerentes quanto divergentes. Veja-se, por exemplo, o Habeas Corpus 71.373-4-RS, onde a interpretação do Direito à Identidade e à Personalidade e à Intangibilidade Física autorizaram os Ministros, cada uma com indefectível certeza, a firmarem soluções antagônicas, ainda que tenham usado o mesmo método: a proporcionalidade.

Ademais, ofertando uma maior dramaticidade à questão, os Poderes Legislativo (há mais tempo) e Executivo (recentemente) enfrentam grave crise de legitimidade, o que auxilia, perigosamente, na construção do cenário de protagonismo do Supremo Tribunal Federal.

Não é por outra razão que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem assumido um papel central nos rumos do Estado brasileiro.

Vale destacar que, no Brasil, o Legislativo está amparado constitucionalmente a sustar eventuais invasões de competência, por parte do Judiciário. De acordo com o artigo 49, XI, da CRFB/88, pode o Poder Legislativo anular a eficácia das decisões invasivas da Suprema Corte (MARTINS, 2011). Poderia, inclusive, exercer seu poder de legislar e propor uma emenda constitucional resolvendo o problema. Não é o que ocorre, no entanto.

Também o povo, a sociedade civil organizada, poderia protestar, ir às ruas e manifestar-se contra a decisão que considera ilegítima, pleitear a mudança e outra postura dos poderes públicos. Contudo, não é o que ocorre. Assim, a linguagem aberta dos princípios e a força normativa que se pretende deles extrair, aliada à omissão dos Poderes Executivo, Legislativo e da própria sociedade, leva ao quadro em que o Brasil se encontra hoje: o protagonismo do STF na interpretação constitucional.

6 O POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL: A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL ESCRITOS PELO JUIZ CONSTITUCIONAL

Rousseau (1990, p. 6) consegue sintetizar o positivismo jurisprudencial e sua crítica em uma frase: “*la Constitution, une charte jurisprudentielle des droits et libertes des citoyens*”. Para o autor, a Constituição está se tornando uma carta jurisprudencial, escrita pelos juízes. Isto significa que o Judiciário, ao invés do Legislativo, legítimo representante do povo (poder soberano), está escrevendo e reescrevendo a Constituição.

Segundo Bercovici (2004, p. 9-10), após as duas grandes guerras e os governos autoritários, a Constituição passou a ser entendida como ordem dinâmica, que deve levar em consideração não apenas a literalidade do texto constitucional, mas todas as condições jurídicas, políticas, sociais, o sentido, os fins, princípios e ideologias que a conformam (a Constituição em conexão com a realidade social). Acredita-se que, neste momento, a interpretação da Constituição ganhou força, aumentando, por conseguinte, o poder do seu intérprete.

Ideia similar é desenvolvida por Maus (2000, p. 191), que ao analisar a competência do Tribunal Federal Constitucional alemão afirma que ela não derivaria da “própria Constituição”, mas sim “de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo”, o que o levaria a romper com os limites de qualquer “competência constitucional”.

Assim, Maus (2000, p. 200-201) apresenta o Poder Judiciário como superego de uma sociedade órfã. Sem a pretensão de ingressar na análise de conceitos psicanalíticos, depreende-se, a partir da crítica da autora, que o Judiciário passou a se ver e ser visto pela sociedade como uma figura paternal, um limite aos impulsos, o que perigosamente pode esconder uma vontade de dominação e uma total eliminação da participação dos outros poderes na interpretação constitucional e, via de consequência, da decisão política.

A conclusão a que se chegou até aqui instigou a busca por alternativas aplicáveis à realidade brasileira de interpretação constitucional, que resultou na discussão que será empreendida, neste artigo, a partir de agora.

7 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

7.1 UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO: DE POPPER A HÄBERLE

A “sociedade aberta” é o modelo ideal de sociedade para Popper (1974).

Para se tentar compreender o modelo de “sociedade aberta”, é importante apresentar o que seria uma “sociedade fechada” para o autor. Para Popper (1974, p. 189), a “sociedade fechada” seria um modelo “cujos membros são mantidos juntos por laços semi-orgânicos – parentesco, coabitação, participação nos esforços comuns, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns”.

Além disso, seria um grupo de indivíduos relacionados não apenas por relações sociais abstratas, como a divisão do trabalho e o intercâmbio de utilidades, mas, por relações físicas concretas, como o olfato, o tato e a vista. Este modelo poderia ser comparável a uma tribo ou a um organismo biológico, onde cada membro tem uma função específica e não se verifica uma tendência de um ocupar a função do outro. “Suas instituições, incluindo suas castas, são sacrossantas – tabus” (POPPER, 1974, p. 189).

Com a queda do tribalismo, das sociedades fechadas na Grécia, e, posteriormente, com o incremento das relações comerciais e das comunicações marítimas, talvez o sentimento de necessidade com que são encaradas as instituições tribais tenha sido minado, o que parece haver contribuído para a profunda transição da “sociedade fechada” para a “sociedade aberta”. Popper (1974, p. 191-193) destaca que essa grande transição parece ainda estar no início.

A “sociedade aberta”, então, seria um modelo de contraponto ao modelo fechado.

No novo modelo de sociedade, é possível enxergar uma participação maior dos seus membros nas decisões públicas, e a democracia, que não se encaixava na “sociedade fechada”, encontra na “sociedade aberta” um campo fértil para seu desenvolvimento.

Acredita-se que a “sociedade aberta” representa o resgate do espírito de povo enquanto fonte do poder e significa uma tentativa de aproximação da sociedade aos campos de decisão e permitir que ela faça parte das deliberações que definem os rumos do país.

A “sociedade aberta” é uma realidade no texto constitucional de diversos países, como Peru (1979), Lituânia (1992), República Tcheca (1992).

Recentemente, o termo “sociedade aberta” passou a ser denominado “sociedade civil” (Preâmbulo das Constituições da República Tcheca e da Lituânia), cujo objetivo é fortalecer o cidadão e colocá-lo no centro do Estado Constitucional, protegendo-o do fortalecimento demasiado das competências estatais, do domínio do mercado e dos partidos políticos (HÄBERLE, 2010, p. 124).

Uma tentativa de transposição da “sociedade aberta”, de Popper para a ciência jurídica constitucional foi validamente elaborada por Häberle (2010, p. 126) sob a denominação de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. A teoria busca incluir o cidadão no processo da interpretação constitucional.

Na obra “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, Häberle (2002, p.13) propõe que no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

O cerne de sua tese é justamente congrega no processo de interpretação constitucional todos os cidadãos, grupos, órgãos estatais, potências públicas, buscando efetivamente uma sociedade aberta. Não se trata de estabelecer os legitimados à interpretação constitucional, mas de afirmar que todo aquele que vivencia a Constituição tem o legítimo direito de participar de sua interpretação. Segundo o autor, o conceito de “sociedade aberta” demanda o “diálogo social” em um contexto pluralista e aberto. (HÄBERLE, 2010, p. 125-126).

No campo da interpretação constitucional, Häberle (2010, p. 127) a concebe em um sentido amplo. Entende-a como todo o meio pelo qual o cidadão se manifesta perante o Tribunal Constitucional e cita, a título de exemplo, a reclamação constitucional, ou a figura do *amicus curiae*, no direito constitucional processual brasileiro.

Em verdade, não se trata apenas de assegurar o acesso do cidadão ao Judiciário, mas de assegurar um conjunto de medidas para que a participação no processo de interpretação/concretização da Constituição seja real, dentro do Judiciário e fora dele. Nesse sentido é a sugestão de Bastos (2007, p. 59):

Podemos certamente incluir nestas medidas a criação e desmistificação de um maior número de instrumentos que possibilitem a participação direta do cidadão no estabelecimento, execução e fiscalização de políticas públicas, como o *recall*, o referendo, o plebiscito, a atuação em conselhos de educação, movimentos sociais, audiências públicas, reuniões acerca do orçamento participativo, dentre outras medidas.

Häberle (2010, p. 129-130), não obstante, aponta déficits da sociedade aberta a partir da perspectiva proposta pela sua teoria.

O postulado “representatividade social” frequentemente não é satisfeito, pois os partidos políticos monopolizam, em vários Estados constitucionais, a eleição dos juízes constitucionais. Estes desempenham, uma vez eleitos, na maior parte das vezes, uma “jurisprudência do pluralismo” independente do partido, mas a eleição não é aberta. (HÄBERLE, 2010, p. 129-130)

É claro que nos EUA ocorrem as audiências (sabatinas) perante o Senado para os candidatos a juízes. A Constituição de Brandenburgo (1992), por sua

vez, dispõe da mesma forma sobre uma Consulta (art. 112, §4º, S.4). De resto, as eleições de juízes constitucionais mantêm-se fechadas. Uma certa relativização exemplar foi criada pela Constituição da Itália (1947): O Presidente nomeia, de acordo com o art. 135, §1º, da Constituição da Itália, um terço dos juízes do Tribunal constitucional (ver também art. 140, §2º, de 1991, da Constituição da Romênia; art. 88, §2º, da Constituição da Geórgia, de 1995; art. 107, §2º, da Constituição de Madagascar, de 1995). Exemplarmente, o art. 112, §4º, S.4, da Constituição de Brandenburgo exige: “Nas eleições, espera-se que as forças políticas do país sejam representadas adequadamente com propostas”. (HÄBERLE, 2010, p. 130)

Segundo Häberle (2010, p. 131), a abertura encontra-se na otimização das competências, não na maximização delas. Um típico pacote de competências, para o autor, seriam: reclamações constitucionais, processos de verificação, litígios federais ou regionais, controle concreto e eventualmente abstrato de normas, ações coletivas, acusações de juízes e presidentes, por vezes competências através de pareceres.

Nota-se que a abertura terá de ser consolidada nos instrumentos de participação popular, ou seja, o processo tem de ser público, tem de prever, como foram elencados no parágrafo anterior, os meios pelos quais a sociedade terá garantido o acesso aos processos de interpretação da Constituição.

Neste sentido, o direito processual constitucional tem tarefas e possibilidades muito específicas no que diz respeito à participação e ao pluralismo.

Acredita-se que, ao longo dos períodos de grande ativismo judicial dos Tribunais constitucionais, no qual direitos individuais e garantias fundamentais foram conquistadas e efetivadas, uma identidade foi criada entre o Tribunal e os Cidadãos, a qual não deve ser perdida, mas otimizada.

Sim, porque se é verdade que o caminho da participação popular, direta e via representantes, revela-se profundamente relevante como elemento de conversão do “social no estatal”, contudo, com a abertura dos Tribunais à sociedade civil, abre-se uma frente paralela de manifestação do povo no Estado, democratizando e legitimando a interpretação judicial da Constituição.

Especificamente no caso do controle judicial de constitucionalidade, a abertura do Tribunal, por intermédio de instrumentos do direito processual constitucional permite aos juízes ouvir a sociedade na interpretação constitucional. Segundo Häberle (2010, p. 134), o Tribunal possui a chance de conseguir sucesso, em especial onde o Parlamento falhou e ainda falha.

Para Häberle (2010, p. 132), o Tribunal constitucional não é o autêntico intérprete da Constituição, mas, apenas um dos seus intérpretes, muito embora seja inegável que se trata de um interprete qualificado.

Sobre a necessidade de interpretação pluralista da Constituição, Usera (1988, p. 24, tradução nossa) adverte que, na medida em que “todos estamos submetidos à Constituição [...]. A lei fundamental deve, em consonância com o exposto, ser constantemente reatualizada por todos cujos atos concorram a integração do ordenamento”. E complementa que a pluralidade de intérpretes implica em um controle de constitucionalidade disperso e mais eficaz.

Para Bastos (2007, p. 57), a interpretação da Constituição por todos os membros da sociedade, produz uma interpretação mais realista e democrática, além de contribuir não só na criação como no desenvolvimento do direito constitucional.

Como já foi afirmado, é importante ficar claro que a proposta da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” não se realiza apenas com a facilidade de acesso ao Poder Judiciário, ainda que seja ao STF.

Trata-se, na verdade, de permitir aos cidadãos “não apenas o direito à informação, mas o direito ao conhecimento, ao saber”. Trata-se de assegurar melhor distribuição do tempo ao trabalho, à vida privada e à pública. A teoria de Häberle deve permitir que os cidadãos deixem de ser meros expectadores do Estado e passem efetivamente a fazer parte do processo de interpretação/concretização da Constituição (BASTOS, 2007, p. 59).

7.2 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL

A relevância da fixação e execução de políticas públicas, no Brasil, tem ficado, em regra geral, na discussão sobre a qual poder político deverá ser resguardada a predominância ou exclusividade na fixação ou controle de tais políticas.

Um dos pioneiros a perceber e sustentar a mudança do paradigma clássico de separação de Poderes foi LOEWENSTEIN (1964, p. 62 a 68). O autor defende a seguinte divisão das funções estatais: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução de tal decisão (*policy execution*) e o controle dessas atividades (*policy control*), dentro do qual está inserido o *judicial review* juntamente com outros mecanismos autônomos de controle, tais como o veto, a dissolução do Parlamento, a possibilidade de rejeição de uma lei via consulta popular, dentre outros.

Importante destacar que LOEWENSTEIN (1964, p. 308) não reconhece legitimidade ao Poder Judiciário para realizar o *judicial review*. Afirma que o controle judicial nada mais seria do que “un camuflaje semántico” (1964, p. 312), para propiciar à Suprema Corte atuar como árbitra soberana entre os Poderes.

Em que pesem as críticas, sucumbe, todavia, à importância da Corte estadunidense, reconhecendo o relevante papel de contrapeso que exerce perante o Congresso, “tan valioso como los respectivos controles entre el Parlamento y el gobierno” (1964, p. 314 a 315), justificando a necessidade de manutenção do *judicial review* em face de sua proteção eficaz da liberdade dos cidadãos diante do perigo, sempre existente, de incursões indevidas do Parlamento, pelo que seria “impensable eliminar el control judicial de la vida constitucional americana”.

Com isso, parte relevante da doutrina publicista procura demonstrar que uma melhor eficácia da Constituição da República, sobretudo em relação aos Direitos Sociais, terá lugar por meio de um papel ativo do Poder Judiciário no controle da realização de políticas públicas e de prestações estatais que visem à efetivação de tais Direitos.

Para alguns autores (COMPARATO, 2010, 295 a 300), inclusive, o controle das políticas públicas deveria abranger não apenas às suas finalidades, expressas ou tácitas, mas também os meios empregados para se chegar a esses fins. Caberia ao Poder Judiciário uma decisiva atuação no controle de políticas públicas rumo à efetivação dos direitos sociais.

Outros autores (CANOTILHO, 1998, p. 832 a 833) procuram restringir o controle jurisdicional de constitucionalidade de políticas públicas ao juízo de compatibilidade (formal e material) de determinada política com os princípios e dispositivos da Constituição.

Há, ainda, autores (VERDÚ, 1994, p. 65 a 78 e 107 a 108; GARCÍA, 1998, p. 85 a 86), como já se viu, que identificam o risco em se instaurar a supremacia do Poder Judiciário ao se possibilitar o aumento, cada vez maior, no campo de atuação de tal Poder.

Bastante comum, portanto, a análise acerca de que Poder teria melhores condições de fiscalizar fixação e a implementação de políticas públicas.

Sucedem que o debate acerca da efetivação dos valores sociais, democráticos e republicanos, presentes em nossa Constituição, jamais poderá ser atribuição de um só Poder, sobretudo dentro das instituições estatais.

Neste sentido, o ativismo judicial não é a melhor forma de proteger tais valores, nem, tão pouco, a representação política.

Afinal, a política é uma conquista da sociedade civil, que não deverá abrir mão de ser e de se sentir, cada vez mais, agente e não apenas destinatária das leis¹⁰.

Não se olvida que a falta de tempo para o cidadão desenvolver a consciência cívica é um aspecto de profunda relevância. A extensa jornada de trabalho impede o trabalhador de dedicar parte do tempo para a família e para o lazer, que dirá para a atividade política. A pobreza e a fome também contribuem para o quadro desanimador da baixa participação popular no espaço político, pois, a preocupação destas pessoas se resume a pelear pelo próximo prato de comida.

Além disso, também o fato de a sociedade ser fechada em muitos aspectos contribui para o problema (problema do acesso popular aos órgãos públicos; o desinteresse dos gestores em conceber políticas públicas para ampliar a participação popular nos espaços políticos; o interesse dos grupos influentes em manter o *status quo* etc.).

¹⁰ Notável exemplo pode ser extraído do julgamento proferido em 1995 pelo BVerfG, no denominado Caso dos Crucifixos, onde, como fruto de profunda reação popular à decisão e após grande período de reconhecimento passivo de que o BVerfG tinha legitimidade para impor valores à sociedade alemã, identificou-se, claramente, um movimento social pretendendo a revisão do papel do tribunal.

Mas, também não se pode negar que o instrumento mais adequado para a defesa dos valores constitucionais e a consequente implementação de políticas públicas com eles compatíveis e fomentadoras ainda é a pressão da sociedade civil organizada.

Há, evidentemente, instrumentos constitucionais a possibilitar tal participação.

Destaque-se, inicialmente, o normativo contido no art. 29, XII, da Constituição da República:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

Referido normativo é a base constitucional autorizativa para a participação da sociedade na alocação de recursos públicos municipais, no que a doutrina denominou de orçamento participativo.

Igual destaque merece o normativo contido no art. 44 da Lei 10.257/01, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição da República, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, ao afirmar que em sede municipal, a gestão orçamentária participativa incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Pretendendo a ampliação de tal esfera, a Lei Complementar 101/2000, em seus artigos 48 e 48-A, consagram, como instrumento de transparência da gestão fiscal não apenas o “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

Evidente que tal incentivo quedaria infrutífero sem o correspondente dever de informar, inclusive por meios eletrônicos, de modo preciso e pormenorizado, acerca da execução orçamentária.

Fundamental, também, a participação da sociedade civil organização, sobretudo por intermédio de associações de diversas naturezas e das organizações não-governamentais.

Nos termos da Resolução 1.296 (XLIV) do Conselho Econômico e Social da ONU, de 23 de maio de 1968, em seu parágrafo 7º, as ONGs são definidas como “organizações internacionais que não foram criadas pela via de acordos intergovernamentais”.

Sua participação na história brasileira tem lugar, de modo mais proeminente, na década de 80, sobretudo a partir das necessidades impostas pela epidemia de AIDS surgida naquela década.

Aliás, o sucesso que nosso País obteve no combate a esta doença está diretamente ligado à força da mobilização social, à atuação da sociedade civil organizada por intermédio das ONGs. Neste aspecto, em 1996, como fruto de tal mobilização social, obteve-se a garantia do acesso universal à medicação para tratamento das pessoas infectadas pelo vírus causador da doença, financiada, de modo integral, com recursos do Sistema Único de Saúde ¹¹.

No campo internacional percebe-se, do mesmo modo, a aumento da importância do papel de tais Organizações na influência a quando da elaboração e execução de políticas globais. Neste sentido, como bem lembra Vieira (2001, p. 116), com o passar dos anos as Organizações Não-Governamentais passaram a servir de consultoras em diversas agências e fundos das Nações Unidas, sendo que, atualmente, colaboram não apenas no trabalho de campo, mas no monitoramento de reuniões da ONU, fornecimento de assistência humanitária, pessoal especializado, informação local e voz para os povos sem representação, como os índios, além de fiscalizar o cumprimento, por parte dos governos, de tratados internacionais.

Importante, ainda, destacar os modos de exercício direto da Soberania Popular de que trata o art. 14 da Constituição da República. Neste aspecto, o Brasil passou, recentemente, por duas relevantes e positivas experiências.

A primeira delas de alcance nacional. A Lei Complementar nº 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, originária de um projeto de lei de iniciativa popular que reuniu aproximadamente 1,3 milhões de assinaturas.

¹¹ Segundo dados do Ministério da Saúde inseridos no Manual de Prevenção das DST/HIV/Aids em Comunidades Populares. Série Manuais, nº 83, Brasília: Ministério da Saúde, 2008, p. 25 a 29.

Referida Lei Complementar, ao dar nova redação à Lei Complementar 64/90, instituiu hipóteses de inelegibilidade adicionais voltadas à proteção da probidade e da moralidade administrativas no exercício do mandato, nos termos do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal.

É certo que o conteúdo de tal Lei vai de encontro com os interesses particulares de certos políticos, sendo possível inferir que se não fosse a iniciativa popular e a mobilização da sociedade civil tal texto não seria proposto, ou, se o fosse, não seria aprovado nos termos em que o foi.

Aliás, é possível inferir (e constatar do voto de alguns Ministros do STF ¹²), ainda, que foi a força simbólica e efetiva de ter sido oriunda da iniciativa popular a maior responsável pelo desfecho do julgamento (em fevereiro do corrente ano, 2012) das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578) que versaram acerca da aludida Lei Complementar. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da lei, que pode, assim, ser aplicada já nas eleições que ocorrerão neste ano, alcançando atos e fatos ocorridos antes de sua vigência.

A segunda experiência positiva e relevante vivida no Brasil, em especial pelos paraenses, ocorreu a quando da realização, em 11 de dezembro de 2011, de plebiscito que consultou a população do Pará acerca do desmembramento e da criação de dois novos Estados para nossa Federação (Estados de Carajás e Tapajós).

A consulta popular foi histórica não apenas porque mobilizou o interesse de todos os brasileiros, sobretudo, evidentemente, dos paraenses (o índice de comparecimento foi de 75% do eleitorado), mas também porque foi a primeira vez na história do país em que a população

¹² Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa: “Somando-se a outros projetos já existentes sobre o assunto, não se pode negar que um projeto de lei de iniciativa popular que trata especificamente de um tema diretamente ligado à escolha dos nossos representantes, revela muito mais do que uma simples mobilização social. Revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política. (...).”

Volto, pois, a enfatizar, não foi a iniciativa dos senhores parlamentares, mas sim a mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos que fez com que a Lei Complementar 135/2010 viesse finalmente a dar efetividade ao comando constitucional, homenageando um dos valores fundamentais da República que é a moralidade e a honestidade no exercício das funções públicas.(...)”

foi consultada, diretamente, sobre a divisão de um Estado. A última unidade da Federação criada no Brasil foi o Estado do Tocantins, mas não por força de decisão popular, e sim por força de decisão tomada pelo Congresso Nacional.

Evidente que tais mecanismos ainda são exercidos de modo bastante tímido pelo cidadão brasileiro.

Neste aspecto é vergonhoso que a lei que regulamentou o processo de plebiscito e referendo tenha sido promulgada quase dez anos após a Constituição. É vergonhoso que o cidadão não tenha o poder de propor uma Emenda à Constituição. É desalentador que após 23 anos de vigência de nossa Constituição da República apenas dois referendos e dois plebiscitos tenham sido realizados. É extremamente preocupante perceber que uma grande parcela dos cidadãos brasileiros não se vê e não se sente pertencendo ao grupo responsável pela tomada das decisões sociais relevantes. É, do mesmo modo, inquietante que a grande maioria da doutrina pátria analise tão intrincada questão sobre fixação e fiscalização das políticas públicas, sob o viés da Separação de Poderes, deixando de analisá-la sob a luz da soberania popular.

Mas, não se pode negar o amadurecimento da sociedade civil brasileira nos últimos anos, não se pode negar a importância da política na vida diária do cidadão, e não se pode negar, sobretudo, que se o desejo de uma efetiva cidadania é utópico, será, justamente, esta utopia que nos fará caminhar. Afinal, no preciso dizer de Fernando Birri (*Apud* GALEANO, 1994, p. 310):

Utopia [...] ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la utopia? Para eso sirve: para caminar

8 CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, foi demonstrado que o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição não é suficiente a um Estado que pretende ser democrático, assim como, igualmente, não será o protagonismo dos outros poderes. A atuação solitária do Judiciário na interpretação constitucional, vale ressaltar, sem a participação da sociedade e dos outros poderes, não supera a crítica da insuficiência democrática e esbarra em acusações de ativismo judicial, violação dos limites entre poderes etc.

Constatou-se que a Constituição passa por uma crise política, jurídica e ideológica (GARCÍA, 1979, p. 294 a 299) e a crise da Constituição é tão grave que possibilita ao cientista do direito, inclusive, indagar-se acerca da necessidade ou mesmo utilidade de nos preocuparmos com os mecanismos de defesa do ordenamento constitucional.

Segundo alguns autores, o Supremo Tribunal Federal está nitidamente exercendo poderes legislativos. A questão é vista, por muitos, à luz do denominado ativismo judicial. Ou seja, uma postura proativa do Supremo Tribunal Federal, que, diante da omissão legislativa, tenta dar efetividade ao texto constitucional por seus próprios meios. Quanto a este problema, concluiu-se que a linguagem aberta dos princípios e a força normativa que se pretende deles extrair, aliada à omissão dos Poderes Executivo, Legislativo e da própria sociedade, leva ao quadro em que o Brasil se encontra hoje: o protagonismo do STF na interpretação constitucional.

A partir da crítica de Maus (2000, p. 200-201), que apresenta o Poder Judiciário como superego de uma sociedade órfã, depreende-se que o Judiciário passou a se ver e ser visto pela sociedade como uma figura paternal, um limite aos impulsos, o que perigosamente pode esconder uma vontade de dominação e uma total eliminação da participação dos outros poderes na interpretação constitucional e, via de consequência, da decisão política.

A conclusão a que se chegou até aqui instigou a busca por alternativas aplicáveis à realidade brasileira de interpretação constitucional, que resultou na discussão da proposta constante na teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

A teoria trata, na verdade, de permitir aos cidadãos “não apenas o direito à informação, mas o direito ao conhecimento, ao saber”, trata de permitir que os cidadãos deixem de ser meros expectadores do Estado e passem efetivamente a fazer parte do processo de interpretação/concretização da Constituição.

Após analisar a teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” no Brasil, concluiu-se que não se pode negar o amadurecimento da sociedade civil brasileira nos últimos anos, e que apenas a manutenção desse progresso contínuo de “abertura” da sociedade, destacando, sobretudo, a importância da política na vida diária do cidadão, é que pode realizar o desejo de uma efetiva cidadania no país.

Após toda a discussão, concluiu-se que, do ponto de vista de um país efetivamente democrático, apenas uma decisão decorrente de um processo público que congregue manifestação de todos os poderes públicos e a sociedade civil organizada é capaz de legitimar o controle de constitucionalidade e, sobretudo, de legitimar a própria Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Ativismo Judicial e Direito Tributário**. In: *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. v. 15. São Paulo: Dialética, 2011. p. 150-159.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da constituição brasileira: Análise e propostas para seu aprimoramento**. Rio de Janeiro: Método, 2009.

_____. **As Diferenças entre o Constitucionalismo Revolucionário na França e nos Estados Unidos: A Supremacia, do Parlamento e da Constituição**. In: *Teoria do estado e da constituição* – Florianópolis : CONPEDI, 2014. p. 52-79.

_____. **O Constitucionalismo Social: A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico**. In: *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium Editora, 2007. p. 27-70.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política: Uma Relação Difícil**. In: *Lua Nova: Revista de cultura de política*. nº 61. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 2004. p. 5-24.

BHAGWATI, P. N. **The Role of the Judiciary in the Democratic Process: Balancing Activism and Judicial Restraint**. *Commonwealth Law Bulletin*. v. 18, issue 4. 1992. p. 1262-1267.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio F. Editor, 1999.

CEZAROTI, Guilherme. **Ativismo Judicial e Direito Tributário no Supremo Tribunal Federal**. In: *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. v.15. São Paulo: Dialética, 2011. p. 82-100.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 35. n° 137. p. 157-164.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas**. In: Rumo à Justiça. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes Eduardo Galeano**. Motevideo: Siglo XXI, 1994.

GARCÍA, Pedro de Vega. **Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución**. Revista de Estudios Políticos. No. 7, 1979, p. 283-309.

_____. **El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional**. Teoría y Realidad Constitucional n° 1. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-87.

GHIGLIANI, Alejandro E. **Del control jurisdiccional de constitucionalidad**. Buenos Aires: Roque Desalma, 1952.

GRABER, Mark A; GILLMAN, Howard. **The Complete American Constitutionalism**. Vol. 1. Introduction and the Colonial Era. New York: Oxford University Press, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

_____. **A Jurisdição Constitucional na Sociedade Aberta.** In: Estado Constitucional e Organização do Poder. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123-141.

_____. **El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal.** In: La jurisdicción constitucional en Iberoamerica. Madrid: Dykinson, 1997.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual de Prevenção das DST/HIV/Aids em Comunidades Populares.** Série Manuais, nº 83, Brasília: Ministério da Saúde, 2008, p. 25 a 29.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Protagonismo do STF na Interpretação da Constituição pode afetar a Segurança Jurídica em Matéria Tributária?.** In: Grandes Questões Atuais de Direito Tributário. v.15. São Paulo: Dialética, 2011. p. 160-177.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”.** Novos Estudos nº 58, São Paulo, Cebrap, 2000, p. 183-202.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Claret, 2004.

MOREIRA, Vital. **Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional.** Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos.** Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

PORRAS, Javier Dorado. **El Debate sobre El Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos: Una polémica sobre la interpretación constitucional.** Madrid: Dykinson, 1997.

ROBERTS, Caprice L. **In the Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative.** Tennessee Law Review. v. 74. issue 4. 2007. p. 567-622.

ROUSSEAU, Dominique. **Une Résurrection: La Notion de Constitution.** Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a l'Étranger, n° 1, Paris, LGDJ, 1990.

RUIZ, Marian Ahumada. **Alternativas a la Judicial Review y variedades de Judicial Review.** Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano VI, no. 10, p. 41-65, 2005.

SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional.** Madrid: Tecnos, 1998.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. The global expansion of Judicial Power.** New York and London: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law.** New York: The Foundation Press, 1988.

TUSHNET, Mark. **Alternative Forms of Judicial Review.** Michigan Law Review, vol. 101, No. 8, 2003. p. 2781-2802.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion Constitucional y Formula Politica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Polítici).** Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização.** São Paulo: Record, 2001.