

**IV CONGRESSO NACIONAL DA  
FEPODI**

**HERMENÊUTICA JURÍDICA**

**LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO**

**MARIANA RIBEIRO SANTIAGO**

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 – FEPODI**

**Presidente** - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

**1º vice-presidente:** Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

**2º vice-presidente:** Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

**Secretário Executivo:** Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

**Tesoureiro:** Sérgio Braga (PUCSP)

**Diretora de Comunicação:** Vivian Gregori (USP)

**1º Diretora de Políticas Institucionais:** Cyntia Farias (PUC-SP)

**Diretor de Relações Internacionais:** Valter Moura do Carmo (UFSC)

**Diretor de Instituições Particulares:** Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

**Diretor de Instituições Públicas:** Nevitton Souza (UFES)

**Diretor de Eventos Acadêmicos:** Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

**Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu:** Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

**Vice-Presidente Regional Sul:** Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

**Vice-Presidente Regional Sudeste:** Jackson Passos (PUCSP)

**Vice-Presidente Regional Norte:** Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

**Vice-Presidente Regional Nordeste:** Osvaldo Resende Neto (UFS)

#### **COLABORADORES:**

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

---

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



[www.fepodi.org](http://www.fepodi.org)

## IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

### HERMENÊUTICA JURÍDICA

---

#### **Apresentação**

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

**LIMITES AO PODER NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O SUPERATIVISMO E A OMISSÃO LEGISLATIVA**

**LIMITS TO THE REGULATORY POWER FEDERAL SUPREME COURT : THE BETWEEN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION THE SUPERATIVISMO AND THE LEGISLATIVE OMISSION**

**Andréia Garcia Martin  
Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli**

**Resumo**

O presente trabalho pretende delinear algumas hipóteses aos limites do poder normativo do STF. Desta forma, justifica-se a adoção da temática ante ao agigantamento da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário no neoconstitucionalismo, o ativismo judicial, que fomentou um abrandamento do princípio da Separação de Poderes, reconfigurando a harmonia entre eles, pois não se pode negar o quão relevante é esta atividade diante da omissão legislativa. Assim, o STF, por meio da hermenêutica constitucional, deve valer-se de uma interpretação fundada na coerência sistêmica e em uma fundamentação adequada à preservação do ordenamento, para que não recaia na falaciosa imposição principiológica indefinida, em que os princípios são a solução para todos os problemas insurgidos ante inércia do poder competente. Para a presente pesquisa utilizou-se o método de pesquisa dedutiva e o tipo de pesquisa a bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, Stf, Interpretação constitucional, Ativismo judicial, Limitação

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper aims to outline some cases the limits of the normative power of the Supreme Court. Thus, justified the adoption of the theme at the aggrandizement of the activity developed by the judiciary in neoconstitucional, judicial activism which fostered a slowdown of the principle of Separation of Powers, reconfiguring the harmony between them, for there is no denying how important is this activity before the legislative omission. However , the Supreme Court through the constitutional hermeneutics, should avail themselves of an interpretation based on system-wide coherence and adequate reasons for the preservation of order, so that does not fall in the fallacious indefinite principled enforcement, in which the principles are the solution to all problems insurgents against inertia of the competent power. For this study we used the deductive research method and the kind of research the literature and documents.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Neoconstitutionalism, Stf, Constitutional interpretation, Judicial activism, Limited

**LIMITES AO PODER NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O *SUPERATIVISMO* E A OMISSÃO LEGISLATIVA**

**LIMITS TO THE REGULATORY POWER FEDERAL SUPREME COURT : THE BETWEEN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION THE *SUPERATIVISMO* AND THE LEGISLATIVE OMISSION**

**RESUMO:** O presente trabalho pretende delinear algumas hipóteses aos limites do poder normativo do STF. Desta forma, justifica-se a adoção da temática ante ao agigantamento da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário no neoconstitucionalismo, o ativismo judicial, que fomentou um abrandamento do princípio da Separação de Poderes, reconfigurando a harmonia entre eles, pois não se pode negar o quão relevante é esta atividade diante da omissão legislativa. Assim, o STF, por meio da hermenêutica constitucional, deve valer-se de uma interpretação fundada na coerência sistêmica e em uma fundamentação adequada à preservação do ordenamento, para que não recaia na falaciosa imposição principiológica indefinida, em que os princípios são a solução para todos os problemas insurgidos ante inércia do poder competente. Para a presente pesquisa utilizou-se o método de pesquisa dedutiva e o tipo de pesquisa a bibliográfica e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** NEOCONSTITUCIONALISMO. STF. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. ATIVISMO JUDICIAL. LIMITAÇÃO.

**ABSTRACT:** This paper aims to outline some cases the limits of the normative power of the Supreme Court. Thus, justified the adoption of the theme at the aggrandizement of the activity developed by the judiciary in neoconstitucional, judicial activism which fostered a slowdown of the principle of Separation of Powers, reconfiguring the harmony between them, for there is no denying how important is this activity before the legislative omission. However , the Supreme Court through the constitutional hermeneutics, should avail themselves of an interpretation based on system-wide coherence and adequate reasons for the preservation of order, so that does not fall in the fallacious indefinite principled enforcement, in which the principles are the solution to all problems insurgents against inertia of the competent power.

For this study we used the deductive research method and the kind of research the literature and documents.

**KEYWORDS:** NEOCONSTITUTIONALISM. STF. CONSTITUTIONAL INTERPRETATION. JUDICIAL ACTIVISM. LIMITED.

## INTRODUÇÃO

Na presente quadra do Estado Constitucional brasileiro vislumbramos crescente o protagonismo do Poder Judiciário, apoderando-se do compromisso constitucional de cumprir o Texto da Carta, ante a inércia dos demais Poderes.

No trabalho que ora se subscreve, pretende-se determinar os limites da atuação do Poder Judiciário, especialmente, do STF, quanto ao seu poder de criar *normas*, apresentando, por via de consequência, que sua atividade se encontra escorada em duas questões antagônicas entre si, quais sejam: as críticas acerca de sua *intromissão* em funções do Poder Legislativo e Executivo, ao atuar, por vezes, como legislador negativa, e a sua incompetência em obrigar o Poder competente, diante da omissão legislativa, em cumprir sua obrigação.

Parte-se, como questão central, utilizando o seguinte questionamento: Quais os limites do poder normativo na atuação do Poder Judiciário?

As hipóteses que se abordará tratarão sobre a reconfiguração do princípio da separação de Poderes insurgida por ocasião da ascensão do neoconstitucionalismo, fato que fomenta o crescimento da atividade do Poder Judiciário valendo-se da hermenêutica constitucional.

Para a presente pesquisa utilizou-se o método de pesquisa dedutiva e o tipo de pesquisa a bibliográfica e documental, pois será analisado diversas obras e jurisprudências para desenvolver o presente trabalho.

## 1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O fim da 2ª Guerra Mundial apresentou ao mundo os problemas de não se proteger adequadamente os seres humanos. Neste panorama, um conjunto de países preocupados com a repetição das tragédias da guerra, em 1945, fundaram a Organização das Nações Unidas.

Com os mesmos ideais da ONU, que era precipuamente o de garantir a paz, surgiram diversos documentos internacionais que previam sua tutela. Vez que as tragédias vivenciadas mundialmente, por duas grandes guerras, insuflaram novas perspectivas à humanidade, quais sejam, a tutela mundial dos direitos fundamentais da pessoa sua humana e sua correlacional dignidade. Estas foram as insígnias que moveram a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Assim, pode-se afirmar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada como o marco legal de surgimento do “novo” constitucionalismo<sup>1</sup>.

A reconstrução do Direito e dos Estados operadas pela neoconstitucionalismo promoveu a re colocação da localização da Constituição a e importância do Direito Constitucional dentro da normatização dos Estados, além da influência na questão política da democracia.

Assim, estabeleceu-se a Constituição como cerne dos ordenamentos jurídicos, o Direito Constitucional passou a ser uma fonte de orientação dos ramos do Direito, além da redemocratização dos Estados, que ganham nova adjetivação, qual seja: Estado Democrático de Direito. Eis que,

[...] no sentido atual de Estado de Direito Democrático: o poder estadual não é uma entidade substancial preexistente à Constituição e limitada à *posteriori* por esta, é um poder com fundamento na Constituição, devendo seus atos considerar-se, também, e em qualquer caso, constitucionalmente determinados.<sup>2</sup>

Desta forma, Luis Roberto Barroso outorga ao neoconstitucionalismo três marcos que lhe dão forma, são eles: o histórico, o filosófico e o teórico.<sup>3</sup>

Pelo marco histórico, inicialmente em sua aparição na Europa, foi inspirada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve a edição da Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn), de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, estabelecido em 1951.

---

<sup>1</sup> Convém destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) representou o marco legal do surgimento do neoconstitucionalismo na Europa, pois no Brasil apenas se identificou tal movimento com a Constituição Federal de 1988, ou seja cinquenta anos mais tarde.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 464.

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 28 jun. 2015. Convém ressaltar que Luis Roberto Barroso não somente desenvolveu as premissas do neoconstitucionalismo no Brasil, ou seja, não foi verdadeiramente seu idealizador. Fato que pode ser atribuído à Paolo Comanducci (Formas do Neoconstitucionalismo: um análise meta-teórico, p. 83), ao valer-se da divisão criada por Norberto Bobbio (Teoria do Ordenamento Jurídico) que desenvolveu análises sobre o ordenamento jurídico, possibilitando a justificativa da tese que não negava por completo, aos positivistas, o afastamento com a filosofia do direito.

A Itália também seguiu a mesma linha, instituindo, em 1947, a Constituição da Itália, e em seguida determinou a criação e instalação, em 1956, de sua Corte Constitucional.

No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe a abertura do Texto Constitucional à ampla tutela dos Direitos Fundamentais, proporcionada pela redemocratização e pela renovada atuação do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, que passou da total inércia, para uma ampla atuação, era a presença do neoconstitucionalismo em *terrae brasilis*.

O marco filosófico, segundo Luis Roberto Barroso, é trazido pelo póspositivismo. Marco este que é influência da junção das duas grandes correntes teóricas do Direito, o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Tem-se que o póspositivismo traria o retorno a alguns concepções do jusnaturalismo, em especial a moral, que fora completamente relegada pelo juspositivismo.

O neoconstitucionalismo, de acordo com o exposto por Luis Roberto Barroso, ensaja:

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.<sup>4</sup>

Com o marco teórico, deve-se observar alguns pontos relevantes que ganham predominância, quais sejam: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.<sup>5</sup>

Quanto ao reconhecimento da força normativa da Constituição tem-se que esta teve por ensejo a redefinição da natureza das normas constitucionais, vez que pelo fato da Carta ser o documento fundante do Estado outorgava-se a ela tão somente uma natureza política, como se fosse *mero compromisso*, sem força vinculante para qualquer dos Poderes.<sup>6</sup> Segundo

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 108.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 28 jun. 2015, p. 6.

<sup>6</sup> Neste ponto, pode-se dizer que há uma aproximação à concepção de Constituição trazida por Ferdinand Lassalle (não a Constituição real) (1997, p. 99), segundo o qual esta Constituição de natureza formal seria considerada

Konrad Hesse, para a “preservação e fortalecimento da força normativa da Constituição que a todos nós incumbe e de seu pressuposto básico, a ‘vontade de Constituição’, dependerá se as questões de nosso futuro político serão questões de poder ou questões de Direito”.<sup>7</sup>

Com efeito, foi no século XX que ocorre esta redefinição, outorgando às normas constitucionais uma natureza normativa, conformadas á obrigatoriedade de cumprimento, dotadas de imperatividade como qualquer outra norma do ordenamento jurídico.

Assim, dado o caráter imperativo que galgou as normas constitucionais, o Estado que era marcadamente Legalista, como que se houvesse uma *legislatria*, a partir da década de 40, do século XX, ante a influência americana, adota uma concepção de Estado Constitucionalista, fundado na supremacia do Texto Constitucional.

Fator que influenciou a atividade interveniente do Poder Judiciário, vez que as disposições constitucionais não eram apenas meras *promessas*, mas tangenciavam vinculatividade aos Poderes do Estado, ensejando o protagonismo do Poder Judiciário com o escopo de tutelar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

O papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção legislativa.<sup>8</sup>

Ora, no neoconstitucionalismo tem-se um agigantamento do Poder Judiciário, vez que, enquanto:

Ao começo da idade constitucional moderna, em que o Poder Judiciário, sem embargo do princípio da separação de poderes, que devera fortalecê-lo, era, todavia, pelas taras do *ancien régime*, o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa. Poder desarmado, é ele, de natureza, poder débil. Mas, de necessidade, urge que seja poder forte, apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais cuja profundidade afeta a manutenção das estruturas institucionais.<sup>9</sup>

Por todo o elucubrado, tem-se que o neoconstitucionalismo pode ser definido como o movimento político, jurídico e social em que há maior prevalência das normas previstas constitucionalmente, como que se outorgasse a tais normas uma mastodôntica concretização, diante da consignação de sua normatividade, como que as normas constitucionais fossem o

---

mera folha de papel”, naquela parte que não se conformaria aos elementos que representasse a “soma dos fatores reais de poder”.

<sup>7</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Escritos de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 78.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 69-70.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, vol. 18, no. 51, São Paulo May/Aug. 2004, p. 131-132.

*norte e o leme* de toda atuação estatal, ou seja: “as constituições atuais são limite e direção ao mesmo tempo”,<sup>10</sup> insurgindo o Poder Judiciário como o guardião de tais normas.

Assim, o Poder Judiciário, especialmente o STF, tem a função precípua de tutela de maneira excelente os direitos fundamentais insculpidos no bojo constitucional, e o faz por meio da hermenêutica constitucional, por ser o intérprete maior do Texto, caso haja omissão desleixosa do poder competente.

Tal atividade hermenêutica realizada pelo Poder Judiciário vale-se da abertura do Texto Constitucional proporcionada pelos princípios constitucionais, fazendo com que haja maior flexibilização nas decisões emitidas por este Poder, pois fundadas na concretização do Direitos fundamentais.

## **2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: EXPOENTE NO NEOCONSTITUCIONALISMO**

### **2.1 Constitucionalismo versus Neoconstitucionalismo: Diferenças e Aproximações**

O empoderamento da Constituição, como o texto legal fundante de um Estado, teve início com a dois eventos equidistantes, mais de importância impar para a proteção dos Direitos Fundamentais no mundo, tais eventos foram, na Europa, a Revolução Francesa, e sua consequente Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1798, e, na América, com a Constituição Americana.

Ambos documentos protagonizam diversas conquistas que gradativamente foram sendo incorporadas no ordenamento dos Estados, vez que foram os atores principais da consagração moderna da ideia de Estado de Direito e de Constitucionalismo.

Assim, nesta etapa da história, nos fins do século XVIII, almeja-se uma Constituição como um documento forte o bastante para superar as arbitrariedades do antigo regime. As características básicas dos textos constitucionais eram a separação de poderes e a presença de direitos fundamentais.

O princípio da separação de Poderes representaria uma forma de limitar o poder estatal, devendo-se dividir o exercício de suas funções, já que a concentração do poder, como

---

<sup>10</sup> SASTRE ARIZA, Santiago. **Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: MacGraw Hill, 1999, p. 131.

se pode ver no antigo regime, é perigosa ao estabelecimento e preservação de direitos fundamentais.

O Constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX apresenta compatibilidade com o Positivismo Jurídico (nas suas diversas acepções), não faz uma proposta técnica de conduta ativa do Estado e das Cortes Constitucionais para implementar os direitos fundamentais dos cidadãos e limita-se a restringir o poder do Estado; (ii) por seu turno, o Neoconstitucionalismo engloba o chamado Pós-positivismo, apresenta-se apto para promover a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, representa de certa forma a retomada da ligação entre Direito e Moral, apresenta um tipo novo e específico de Constituição (a *Constituzione Mite*), denota um aspecto invasivo da Constituição sobre a “lei” (Constitucionalização do Direito) através do manejo dos direitos fundamentais.<sup>11</sup>

O Constitucionalismo, desde seu advento, perpassou pois fases distintas, porém complementares. A primeira etapa foi nominada de Constitucionalismo Liberal, focada nos direitos de liberdade, em que o Estado detinha uma característica *abstenteísta*, ou seja, negativa, desejava-se o afastamento do Estado, vez que no absolutismo o monarca era quem detinha o poder sobre a vida e a morte de seus súditos.

A segunda etapa trata-se do Constitucionalismo social, tem como marco as Constituições mexicana, de 1917, e Alemã (República de Weimar), de 1919, surgem diante do crescimento das necessidades da sociedade, tais constituições inauguravam o Estado Social, em que havia a prevalência dos direitos de igualdade, detendo o Estado uma atuação promocional, com o objetivo de equilíbrio social.

A terceira etapa tem como marco a Declaração Universal do Direitos Humanos, de 1948, porém não é considerada uma continuidade do constitucionalismo insurgido no século XVIII, mas em virtude das modificações quanto à própria concepção de tutela do indivíduo, é expoente no neoconstitucionalismo.

Desta forma, pode-se dizer que o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo são faces da mesma moeda, contudo o segundo apresenta-se mais desenvolvido que o anterior, consubstanciando sua diferença em um *status* relacionado à efetividade ou concretização dos direitos fundamentais.

Ora, no Constitucionalismo liberal ou social tinham-se documentos constitucionais que dispunham amplamente direitos fundamentais, bem como instrumentos que possibilitariam sua garantia. Entretanto, ante o desequilíbrio, tanto na estrutura como na função que exerciam, dos Poderes de Estado, vislumbrava-se fortemente a irrealizabilidade de tais direitos. Ou seja,

---

<sup>11</sup> BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa à atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 11.

dentro da configuração funcional do Estado o Poder que mantinha o maior poder era o Legislativo, quedando-se a realizabilidade dos preceitos constitucionais sob seu *bel* prazer.

## 2.2 Da Redemocratização ao Protagonismo do Poder Judiciário

O ano de 1988 foi a fronteira normativa para a retomada da democracia no Estado brasileiro, ainda que de maneira tímida, já que vislumbramos, inicialmente, apenas um *status* meramente formal de democracia.

Na história constitucional brasileira, que antecedeu a de 1988, a Constituição servia apenas em benefício dos detentores do Poder, o princípio fundamental da República que prezava pela “independência e harmonia entre os poderes” (art. 6º Constituição de 1967/69) representava mero *placebo* sem possibilidade de *curar* a arbitrária atuação do Poder Executivo.

A Constituição de 1988 inaugurou o *equilíbrio* entre as funções do Estado. Estabelecendo em seu texto uma gama de possibilidades de realização da harmonia, independência e um sistema de controle de um Poder sobre outro.

Em ato contínuo evolutivo o advento do século XXI nos trouxe uma maior legitimidade democrática ao possibilitar que o Poder Judiciário, ao contrário do demais Poderes de Estado, não se imiscuisse no dever de concretizar o Texto Constitucional. Neste sucedâneo:

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização dessas prestações, ou seja, a estrutura de modos democráticos (universalização e participação popular), constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º. Resta, evidentemente, esperar que essa normatividade constitucional se realize na prática.<sup>12</sup>

Neste sentido, observa-se que o Estado Democrático de Direito é a viga que sustenta toda a construção atinente ao neoconstitucionalismo. Assim, “a instituição da jurisdição constitucional [in casu, da ampliação de suas funções] não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes, ao contrário, é uma afirmação dele”.<sup>13</sup>

Em complemento:

Ou seja, encontra-se intimamente relacionada, pois, o constitucionalismo hodierno tem a façanha de conjugar institutos que por muito tempo existiram de formas apartadas, com o condão de promover os ideais democráticos compatibilizado com a plena proteção aos direitos fundamentais. (MARTIN, 2012, p. 30)

Ademais, convém elucubra que:

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 152

A realidade é mutante, líquida, flui, dispersa, cresce e fenece conforme os atores que a encenam. Ou seja, ao direito é impossível normatizar todas as situações insurgentes no cerne da sociedade, competindo ao Judiciário protagonizar as devidas análises interpretativas visando a tutela dos direitos fundamentais, como preocupação moral em implementá-los.<sup>14</sup>

### 2.3 Os Princípios Constitucionais e a redefinição da Separação dos Poderes

É evidente que não se pode transpor as características da separação de Poderes conforme fora idealizada no século XVIII para nossa atual conjuntura, pois conforme assevera Paulo Bonavides:

A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, [...] campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições”.<sup>15</sup>

Ora, a mera limitação da atuação estatal não é o escopo fundamental deste princípio, o foco atual está em concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, desta forma, conjectura-se uma espécie de mitigação do clássico princípio da separação de Poderes.

Com efeito, ante a normatividade das normas constitucionais, e consubstanciando que os princípios constitucionais são espécies de normas, vislumbrando-se o caráter de vinculatividade que tais normas galgaram nesta quadra da pós-modernidade, pode-se dizer que os princípios constitucionais são justificativas para que o princípio da separação de Poderes quede-se abrandado, possibilitando que haja maior atuação de um dos Poderes quando o outro apresenta-se omissivo.

É necessário sustentar a instituição estatal. Assim, o que tangencia a força legitimadora institucional do Estado é o Poder Judiciário, vez que “a legitimidade da jurisdição depende de uma atividade interpretativa, desde que, coerente e integral e responsável.”<sup>16</sup>

O enfraquecimento das barreiras que impedem a invasão das funções de um Poder a outro torna-se possível não apenas sob o fundamento de cumprir o consignado materialmente

---

<sup>14</sup> MARTIN, Andréia Garcia ; MARTA, Taís Nader . Constituição Federal de 1988: Entre o Neoconstitucionalismo e a manutenção da inefetividade dos Mandamentos Constitucionais. In: **XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, 2014, Florianópolis. (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 128.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, vol. 18, n. 51, São Paulo May/Aug. 2004, p. 127.

<sup>16</sup> MARTIN, Andréia Garcia ; MARTA, Taís Nader . Constituição Federal de 1988: Entre o Neoconstitucionalismo e a manutenção da inefetividade dos Mandamentos Constitucionais. In: **XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, 2014, Florianópolis. (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. Florianópolis: Conpedi, 2014.

na Constituição, mas que o Poder Judiciário valha-se uma atividade interpretativa que não se desvie dos anseios dos constituintes, que seja limitada e prospectiva, para que dessa forma se garanta a legitimidade de sua atuação.

### **3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INTÉRPRETE E GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO**

A questão do ativismo fica mais complexa quando consideramos o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. Em um primeiro momento, é fácil recorrermos à divisão de competências da teoria política tradicional, em que o Poder Judiciário exerce um papel predominantemente negativo, excluindo do sistema normas que contradizem o texto da Constituição. O trabalho de uma Corte constitucional seria, basicamente, analisar o texto de uma lei tendo como paradigma o texto da Constituição, e julgar se ambos são compatíveis. Isso garantiria que a Constituição ficasse resguardada dos abusos dos demais Poderes<sup>17</sup>.

Ocorre que, na atual fase de desenvolvimento do direito constitucional, as Constituições tidas como “dirigistas” (da qual a Constituição Federal de 1988 é um exemplo) trazem verdadeiros mandados aos Poderes constituídos, para que adotem determinadas políticas visando um fim específico. Dificilmente a Constituição especificará qual é a política que um determinado governo deve adotar para atingir um fim que ela requer, mas, em muitos casos, especificará o fim almejado.

A inércia dos Poderes constituídos com relação a um determinado fim previsto na Constituição pode dar ensejo a uma omissão inconstitucional. Esta omissão pode ser verificada de forma simples, que ocorre quando um dos Poderes não regulamenta um determinado mandamento constitucional, tolhendo-lhe eficácia (em geral, o omissor é o Poder Legislativo) ou de forma mais complexa e sutil, que ocorre quando uma determinada política pública tira a eficácia de um mandamento constitucional<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> A ideia de controle de constitucionalidade precede a ideia de um “Tribunal Constitucional” propriamente dito. Por muito tempo, discutiu-se quem deveria ter a palavra final no que tange ao controle da constitucionalidade. A doutrina de Kelsen consolidou a ideia de um controle de constitucionalidade concentrado, que ficasse sob responsabilidade de um órgão específico, um “guardião da Constituição” Kelsen afirmava que o parlamento é livre para criar normas, desde que observe o procedimento constitucional, enquanto o legislador negativo - o guardião da Constituição - exerce atividade totalmente vinculada à Constituição. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 153.

<sup>18</sup> A doutrina afirma que a questão da omissão constitucional é complexa e continuará a ser por muito tempo. Às vezes, é fácil identificarmos uma omissão inconstitucional (por exemplo, sabemos que o Congresso Nacional, até o momento, não editou a lei que rege a greve dos servidores públicos, como requerido pelo art. 37, VII da

Ainda, pode ocorrer uma situação em que, de uma declaração de inconstitucionalidade, resulte um indesejável estado de anomia, colocando em risco um determinado mandamento constitucional. Em tais situações, o STF deverá agir para evitar a perda de normatividade de parte da Constituição.

É justamente nestas situações – em que o STF age para evitar a perda de normatividade de parte da Constituição – que pode ser observado o fenômeno do ativismo judicial. Sem a menor pretensão de esgotar o tema, podemos definir ativismo judicial como uma atividade do Poder Judiciário - em geral do STF - que extrapole a sua competência, invadindo a competência dos demais Poderes.

Quando isto ocorre, há um desequilíbrio no sistema normativo e uma crise de legitimidade, pois ocorre o ingresso de uma verdadeira norma jurídica no sistema fora dos parâmetros do processo legislativo delineados pela Constituição. A atividade-fim do STF perverte-se em uma outra atividade, alheia à sua competência constitucional<sup>19</sup>.

Esse fenômeno do chamado “ativismo judicial” não tem uma origem histórica definida, mas, usualmente, a doutrina afirma que as acusações de um agir ativista em relação a uma Corte Constitucional surgiram nos Estados Unidos, durante o advento da chamada “corte de Warren”, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi criticada pela parcela mais

---

Constituição. Outras vezes, entretanto, o problema da omissão constitucional é mais sofisticado; é preciso analisar se os Poderes constituídos tomaram as medidas necessárias a um determinado fim previsto na Constituição, o que traz à baila o tormentoso problema do controle judicial de políticas públicas. Muitas vezes, mesmo diante da edição de uma lei, há omissão, pois a lei falhou em tratar da totalidade do tema, mas simplesmente anular a lei que não tratou da totalidade do tema faria com que a situação se agravasse. Um exemplo pode ilustrar o tema: a Constituição, em seu art. 226 §3º, diz que a lei reconhecerá a união estável e facilitará sua conversão em casamento. A união estável foi regradada primeiramente pela Lei 9278 de 1996 e, após, pelo Código Civil. Nenhum dos dois diplomas, entretanto, prevê um procedimento facilitado de conversão da união estável em casamento (Lei n. 9.278 apenas dispõe que os conviventes podem, a qualquer tempo, requerer ao oficial de registro civil a conversão em casamento, mas isto de forma alguma traz um trâmite mais facilitado do que o casamento “comum”, isto é, o que não foi precedido de união estável, vez que os nubentes também podem a qualquer tempo requerer o casamento ao oficial de registro civil). Se o STF reconhecer a omissão inconstitucional da Lei n. 9.278 e do Código Civil, não deverá, por óbvio, anular a lei ou as disposições do Código Civil que tratem deste tema, pois isto em nada ajudará na regulamentação do tema e só constituirá retrocesso constitucional. A doutrina afirma que este tipo de situação complexa pode ocorrer e, em geral, socorre-se da doutrina alemã, que desenvolveu o tema com profundidade, para encontrar uma solução, que pode passar inclusive pelo chamado “apelo ao legislador”, “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade”, dentre outras técnicas. Ver em: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1177-1180

<sup>19</sup> Cita-se a definição de ativismo judicial feita por Elival da Silva Ramos: “Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa, e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferida pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117).

conservadora da doutrina, por estar, supostamente, criando normas constitucionais que não estavam previstas no texto da Constituição<sup>20</sup>.

No Brasil, evidentemente, não havia espaço político para uma atuação que poderia ser classificada como “ativista” pelo Poder Judiciário antes do advento da Constituição de 1988; o controle concentrado de constitucionalidade das normas, que é o espaço que permite uma maior desenvoltura do STF por conta da causa de pedir aberta, só foi instaurado em plena vigência da ditadura militar.

Mesmo após a revogação de grande parte dos dispositivos autoritários do regime anterior - notadamente o Ato Institucional 5 - os membros do STF eram, quase todos, escolhidos por presidentes da ditadura militar e não tinham maiores interesses em fazer frente a um governo autoritário; o equilíbrio entre os Poderes era por demais frágil para atitudes drásticas.

Com a Constituição de 1988, porém, a jurisdição constitucional sofreu diversas mudanças. Primeiramente, houve a edição de regras que a doutrina classifica como “principiológicas”, isto é, de conteúdo normativo aberto, que mais parecem resguardar valores constitucionais do que normas jurídicas propriamente ditas.

Esta observação da doutrina comporta críticas; uma Constituição tão detalhista a ponto de reger minuciosamente o sistema previdenciário e tributário e até de dispor sobre o funcionamento de um específico estabelecimento de educação não pode ser classificada como “principiológica”<sup>21</sup>.

Todavia, entendeu-se que, pelo fato de a Constituição ser programática e impor ao Estado uma série de deveres e prestações - formulando, em concreto, políticas públicas, o que não é o papel tradicional de uma Constituição - ela poderia ser classificada como “principiológica”.

Fato é que a Constituição de 1988 determinou uma série de políticas públicas, ampliou o escopo do controle de constitucionalidade e trouxe novas ferramentas de tutela judicial, tais como Mandado de Segurança coletivo e Mandado de Injunção.

---

<sup>20</sup> Curiosamente, um dos exemplos deste chamado “ativismo” foi a decisão da Suprema Corte que ordenou o fim da segregação racial nas escolas, a chamada “Brown vs Board of Education”; os críticos acusaram a Corte de estar “passando da linha” e atuando no campo do legislador. Conforme relatam George Fletcher e Steve Sheppard, a decisão demorou para ser implementada, mas impulsionou o Congresso a fazer reformas necessárias para o fim da segregação. Ver em FLETCHER, George. **American Law in a global context: the basics**. George Fletcher, Steve Sheppard. New York, Oxford University Press, 2005, p. 201-202

<sup>21</sup> Tal crítica é feita por Humberto Ávila. Ver em ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto brasileiro de direito público, n° 17, (janeiro/fevereiro/março de 2009), ISBN 1981-187X.

Some-se a isso a formação de governos democráticos e consequente indicação para o STF de ministros que não estavam mais alinhados com o pensamento da ditadura militar e a falta de um desenvolvimento doutrinário a respeito do tema do ativismo judicial e as condições para movimentos políticos bruscos por parte do STF estavam dadas.

Subitamente, a forma de argumentação jurídica tradicional foi superada, em prol de um novo modelo, que ainda não estava claramente delineado. O tradicional método de subsunção, que nunca se alinhou inteiramente bem aos parâmetros da interpretação constitucional, estava ficando cada vez mais superado.

Menções à doutrina estrangeira, à teoria dos princípios conforme ensinada por autores como Alexy e Dworkin (que, diga-se, têm diferenças marcantes entre si) e ao chamado “neoconstitucionalismo” passaram a fazer parte da argumentação cotidiana. Com isso, começou a reação, que passou a ver na atividade do STF o início de uma atuação ativista.

Além dos motivos que já foram expostos – mudança do texto constitucional, transição de uma ditadura para uma democracia e troca de ministros – há um outro motivo que pode ser dado para justificar o que foi classificado de “ativismo judicial”, que é a ânsia - natural - de concretizar uma Constituição que, no papel, promete um estado de júbilo a uma nação que, historicamente, nunca teve qualquer direito ou qualquer experiência verdadeira como Estado de Direito. Sempre que finda um período traumático e principia-se uma nova era, há a esperança e a realização de planos.

A Constituição de 1988 foi feita com o intuito claro de pôr um fim à estrutura autoritária do regime constitucional anterior, e também de incluir uma massa de cidadão que sempre foram alijados de qualquer direito.

É de se entender, portanto, que uma democracia jovem e que ainda busca se firmar tenha, em um primeiro momento, uma série de decisões que possam ser classificadas como “ativistas”; a questão é que o uso desmedido de poder e a deturpação de uma determinada competência põe em risco todo o funcionamento do arcabouço constitucional.

Uma Constituição é, antes de tudo, uma forma de limitar o poder instituído, a fim de que ninguém se torna poderoso demais a ponto de ser temido. Se, em prol de uma concretização dos valores constitucionais, ocorre um desvirtuamento da função limitadora da própria Constituição, o texto constitucional perde o sentido, pois passa a ser aquilo que um determinado Poder - no caso, o Judiciário - diz que ele é. Isto, em um país de pouquíssima tradição constitucional como o Brasil, que sempre sofreu tentações autoritárias, é muito grave.

Neste quadro, surge ainda um outro problema: a doutrina passa por uma crise, o que enfraquece a teoria do direito e permite um fortalecimento de quem está em uma posição de

ditar a pragmática jurídica, isto é, dos Tribunais. A crise do ensino do direito (proliferação de faculdades sem a menor estatura física e humana), o deslocamento do curso de direito do quadro geral das ciências humanas para uma espécie de curso profissionalizante (em que o aluno é formado para ser um advogado ou para ter sucesso em algum concurso público) e o desprezimento em relação à teoria geral do direito (que passou a ser visto como algo secundário ou, pior, como uma *firula* teórica desimportante para a prática jurídica) empurraram o direito brasileiro para uma crise argumentativa, que também é cognitiva.

Passou a ser comum nos depararmos com afirmações simplistas como “o positivismo jurídico trouxe a separação da norma e dos valores, mas o atual neopositivismo resgata os valores” ou que “se uma regra constitucional contradiz um princípio, aplica-se o princípio em detrimento da regra” (note-se que aqui o intérprete não apresenta uma diferença clara entre regra e princípio, tampouco explica o porquê de o princípio ser mais importante que a regra, o que é questionável), ou, mesmo diante de uma regra clara, o intérprete insiste em falar em “analogia” (que muitas vezes é descabida na interpretação constitucional e que era sempre feita com uma outra regra, antagônica à regra que ele dizia ser lacunosa).

Essa crise na argumentação jurídica foi respaldada por uma doutrina que se tornou cada vez mais pobre e cada vez menos preocupou-se em desenvolver o pensamento jurídico; seu objetivo primário era preparar massas de alunos para o exame da Ordem dos Advogados do Brasil ou concursos públicos.

Crises cognitivas e argumentativas podem não ser o motivo principal de uma onda ativista no âmbito do STF, mas certamente contribuem para uma apatia no meio acadêmico, que deveria estar atento à atividade dos Tribunais e agir de forma crítica. Ainda, a discussão dos julgamentos do STF se tornou, cada vez menos, baseada em argumentos jurídicos e se tornou cada vez mais focada em argumentos políticos estritos e pragmáticos.

Ainda, um último fator contribuiu para a concretização do chamado ativismo judicial, que é a crítica, extremamente mal formulada, do chamado "positivismo jurídico". O termo, em si, é ambíguo, pois demasiadamente amplo; sabe-se que existem diferentes tipos de positivismo (destaco que as vertentes de Kelsen e Hart, por exemplo, têm diferenças acentuadas<sup>22</sup>), o que faz com que a crítica ao positivismo também seja feita de maneira desorganizada.

---

<sup>22</sup> Sem pretensão de desenvolver o tema, podemos dizer que o positivismo de Hart - que é o positivismo criticado por Dworkin - é baseado na chamada “regra de reconhecimento”, que não se relaciona à “norma hipotética fundamental” de Kelsen; esta última é um pressuposto lógico de um sistema hierárquico e formado em forma de pirâmide. Cito Hart: “(...) os fundamentos de um sistema jurídico consistem numa situação em que a maioria dos integrantes de um grupo social obedecem habitualmente às ordens, apoiadas por ameaças, da pessoa ou pessoas soberanas, que, por sua vez, não obedecem habitualmente a ninguém. Tal situação social constitui, segundo aquela teoria, condição ao mesmo tempo necessária e suficiente para a existência do direito. Já demonstramos de forma

Passou a ser comum, por exemplo, o uso de um autor antipositivista como Dworkin para criticar a doutrina brasileira, cujo positivismo é largamente o de Kelsen (e não o de Hart, que é quem Dworkin critica). Isto, aliado à enorme falácia de que o positivismo é alheio a qualquer valor e, pior, que o positivismo é responsável pela formação de regimes autoritários, criou uma espécie de legitimidade para o ativismo judicial que seria, segundo os seus proponentes, uma forma de superar o positivismo estrito.

Diante de tal quadro, é de se pensar em uma solução. A resposta para o direito constitucional está, como sempre, na Constituição.

O STF deve exercer o papel que a Constituição determina que ele exerça, qual seja, o de guardião da Constituição, e não de valores de seus ministros. Se há algum "valor" a ser resguardado - e o termo não nos agrada, por ser demais subjetivo - este valor deve estar positivado no texto da Constituição.

Ainda, a aplicação das regras constitucionais - assim entendidas todas as normas constitucionais que têm densidade suficiente para uma aplicação imediata - deve ser privilegiada em prol de métodos de integração normativa inadequados para a interpretação constitucional ou, aptos a esvaziar parte do comando normativo da própria Constituição. Por fim, a crise argumentativa deve ser superada através da retomada da qualidade da doutrina - cuja missão não é preparar alunos para exames profissionalizantes - e da retomada da fundamentação das decisões (que devem ser baseadas na Constituição e em uma teoria do direito constitucional que seja com ela compatível).

Aos poucos, o Brasil poderá voltar a ter um direito constitucional sério, em que a Constituição importe e em que não haja o império do arbítrio.

#### **4 (I) LIMITABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL: A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PERANTE O STF**

Uma das condições necessárias para o surgimento do ativismo judicial é a possibilidade de uma interpretação aberta de um determinado texto. Um texto que seja

---

mais ou menos detalhada a incapacidade dessa teoria para explicar algumas das características proeminentes de um sistema jurídico moderno: não obstante, como sugere seu domínio sobre as mentes de muitos pensadores, a teoria realmente contém, embora de forma indistinta e equivocada, algumas verdades sobre certos aspectos importantes do direito. Contudo, só podemos apresentar claramente essas verdades e avaliar corretamente sua importância se supusermos um contexto social mais complexo no qual, para a identificação das normas primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma norma secundária de reconhecimento. Se algo merece ser denominado fundamento de um sistema jurídico, trata-se dessa situação. (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 129).

extremamente rígido ou que traga preceitos muito claros não deixará ao intérprete espaço para fazer uma interpretação que seja considerada ativista, ou seja, que extrapole os limites dos conceitos trazidos no texto.

Norma, de acordo com a lição da teoria geral do direito, não se confunde com o texto legal; é o resultado da interpretação do texto por um intérprete autorizado pelo sistema.

Quando do surgimento das interpretações que os críticos chamaram de "ativistas" nos Estados Unidos, os defensores da Corte de Warren lembraram que a Constituição dá ampla margem de discricionariedade ao Poder Judiciário porque usa termos que são razoavelmente vagos e que diferem no contexto de situações distintas, como "devido processo legal" ou "motivo razoável", dentre outros.

A Constituição de 1988, por sua vez, usa termos muito mais rígidos, além de trazer um nível de detalhamento impressionante. Cite-se, novamente, o exemplo do sistema previdenciário; a Constituição não se limitou a garantir o direito à previdência social, mas cuidou também de detalhar todo o sistema previdenciário de forma minudente.

Outras matérias, como servidores públicos, administração pública e sistema educacional também foram tratados na Constituição de forma bastante detalhista. Em um primeiro momento, isso leva a crer que não há, no Brasil, espaço para o chamado "ativismo judicial", pois o regramento minucioso trazido pela Constituição em diversas matérias tolhe o intérprete que quer extravasar os limites do texto.

Um acompanhamento da jurisprudência e das petições trazidas ao Poder Judiciário, em especial em matérias polêmicas e sensíveis, nos mostra que a rigidez constitucional - a "codificação forte", como diz a doutrina<sup>23</sup> - foi contornada por meio do uso do argumento do "princípio da dignidade humana".

Tal princípio está contido expressamente no art. 1º, III, da Constituição, ao lado de vários outros princípios que, curiosamente, são relegados na argumentação em voga na prática do foro e no âmbito acadêmico.

Trata-se, claramente, de norma jurídica com baixa densidade. Em geral, não é da boa técnica jurídica embasar um pedido em um dispositivo legal ou constitucional abstrato e

---

<sup>23</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. desenvolve um trabalho bastante rico e recente com relação à argumentação jurídica. Cito apenas um parágrafo que, acredito, ilustra a questão da argumentação e do jogo de poder envolvido no limite que o intérprete pode chegar ao interpretar uma norma: "É dever do aplicador, ao analisar a unidade de sentido própria da Constituição, evitar que o reconhecimento constitucional do Estado Democrático de Direito venha a significar a utilização desvirtuada das necessárias funções sociais do Estado e meios correspondentes como um instrumento de poder. Acautela-se, desse modo, o poder público contra o risco de perverterem-se suas legítimas funções pelo excesso de poder escondido sob a capa de formalismos obtusos ou de valorações abstratas". (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2014, p. 53).

distante se há possibilidade de fazê-lo com base em um dispositivo mais concreto (por exemplo, se um trabalhador teve negado o seu direito a férias e ele ingressa com pedido na Justiça do Trabalho a fim de ter assegurado o seu direito, faz muito mais sentido justificar a sua pretensão no dispositivo constitucional que trata especificamente sobre férias - art. 7º, XVII da Constituição - do que no princípio da dignidade humana ou da valorização do trabalho humano, por exemplo).

Também deve ser notado que algo tão abstrato quanto o referido princípio serve, em geral, para ambos os lados de uma argumentação, o que retira a sua utilidade prática.

Mesmo com tudo isso, o referido princípio é usado a mais não poder no direito brasileiro, para embasar todo o tipo de pretensão diferente - algumas bastante esdrúxulas.

É de se questionar o porquê deste excesso no uso de algo que é meramente retórico. Com exceção do Tribunal do Júri, os julgamentos no Brasil são feitos por magistrados togados que estão acostumados às armadilhas retóricas do direito e não dão a elas muita atenção.

Ainda, se a Constituição tem um nível de detalhamento tão elevado, por que o intérprete teria que se socorrer de algo tão abstrato?

A resposta é que a baixa densidade normativa do chamado “princípio da dignidade da pessoa humana” serviu para justificar todo o tipo de pretensão descabida, sendo, na decisão judicial, um argumento usado para permitir que o juiz tome uma decisão alheia à lei ou, em muitos casos, contra a lei.

O citado princípio tornou-se uma espécie de trunfo argumentativo, que pode ser utilizado na falta de um lastro teórico forte. É relativamente comum observarmos um intérprete do direito se valer do princípio da dignidade humana para afastar uma regra que, caso aplicada, prejudicaria os interesses que ele, intérprete, percebe como ideais e dignos de serem protegidos no caso concreto.

Esse quadro só pôde se desenvolver no meio da já citada crise argumentativa e cognitiva, que foi gerada, em boa parte, pela incapacidade da doutrina de realizar a sua tarefa precípua de observação crítica do direito. Quando a doutrina tornou-se rasa<sup>24</sup> e passou a

---

<sup>24</sup> A crítica à doutrina deve ser entendida dentro de um determinado contexto. Há, no Brasil, doutrinadores de grande qualidade, em todas as áreas do direito. Ocorre que, conforme o ensino do direito foi se tornando mais “profissionalizante”, no sentido do aumento exponencial do número de alunos e da grande preocupação dos cursos com a aprovação dos alunos em exames de toda a sorte (seja o Exame da Ordem dos Advogados, seja concursos públicos), a doutrina tornou-se, paulatinamente, mais rasa e menos crítica. Os grandes doutrinadores, que se preocupavam com o desenvolvimento do direito, foram perdendo espaço para livros cada vez mais simplificados, cuja preocupação era fazer o aluno decorar conteúdo. Assim, quando o tema era um pouco mais complexo - como o é, por exemplo, a questão do limite da interpretação, do positivismo e de suas vertentes - esta doutrina simplificada passou a repetir, de forma acrítica, alguns mantras, que foram, aos poucos, se incorporando na grande massa dos alunos. Um exemplo disto é que os juízes, para serem justos, não devem se prender à letra da lei, mas

comentar o que os Tribunais faziam, o Poder Judiciário viu-se livre das amarras morais que o unia ao restante da comunidade jurídica (em especial acadêmica) e pôde tomar decisões contrárias à lei, com base no princípio da dignidade humana.

A doutrina, que já não mais fazia seu papel, aceitava e ratificava tudo o que fazia o Poder Judiciário, resultando na aceitação do mal uso do supracitado princípio.

O problema da má justificativa das decisões judiciais é muito mais sério no âmbito do STF do que nos outros órgãos judiciários.

O STF não tem um órgão revisor, que possa corrigi-lo em caso de erro - e, sabemos, a má fundamentação ou fundamentação deficiente não deixa de ser um erro em uma determinada decisão judicial.

Ademais, o STF serve como um modelo para todos os órgãos judiciários e suas decisões se prestam ao resguardo da Constituição, o que significa que uma série de decisões sem fundamentação no âmbito do STF pode abalar toda a estrutura do ordenamento jurídico, cujo principal pilar é a Constituição Federal.

Por fim, um abalo na credibilidade do STF pode contribuir para a ruína da legitimidade do sistema constitucional, o que, em um país de pouquíssima tradição democrática como o Brasil, traria consequências trágicas.

Padrões de má fundamentação de decisões judiciais, bem como de pedidos embasados em dispositivos constitucionais de baixa densidade normativa, geram, ao longo do tempo, um enorme desgaste no ordenamento jurídico, pois uma das principais características da norma jurídica – o fato de que ela é cogente – fica descaracterizado.

Quando argumentos retóricos se sobrepõem aos argumentos jurídicos, é impossível distinguir o direito de uma discussão qualquer sobre moral ou outro tema. Isso permite uma enorme arbitrariedade nas decisões e torna o Poder Judiciário vulnerável a um jogo de poder. Em um primeiro momento, é de se entender que intérpretes do direito, com ânsia de defender um determinado ponto de vista, abusem de argumentos retóricos e ajam sem qualquer consideração pelo impacto de suas ações no ordenamento jurídico.

Porém, à medida que isto se torna o comportamento padrão e que o discurso jurídico vai sendo substituído por um discurso retórico, cujas bases são completamente diversas, a única

---

devem buscar o “espírito da lei”, muitas vezes através da “ponderação”. Esse tipo de raciocínio simplista é perigoso e não mede as consequências de seus atos; no longo prazo, o constitucionalismo brasileiro - que, historicamente, é frágil - pode ser dizimado justamente pela inobservância do texto constitucional. Para uma análise aprofundada da questão, remetemos o leitor à obra de Lênio Streck, que foram bases para essas críticas. Ver em: STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 48-52

coisa que resta é um jogo de poder, em que ganha quem consegue defender os interesses que convém aos membros do Poder Judiciário.

É, na verdade, justamente o avesso da teoria democrática, pois permite que um Poder - o Judiciário - fique bem acima dos demais, em especial do Legislativo. É justamente isto que é o chamado ativismo judicial.

Apenas para que se dê alguns exemplos da gravidade da questão, temas importantíssimos no âmbito do STF vêm sendo debatidos com base no sobredito princípio.

O ARE 833248 RG / RJ, que trata do relevante tema da possibilidade de veiculação de matéria jornalística sobre crime muito tempo depois da extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena - opondo, portanto, o direito social à informação ao chamado “direito ao esquecimento”, que faz parte do direito constitucional à privacidade - teve sua repercussão geral conhecida com fundamento, em parte, na dignidade humana.

É claro que o STF, ao julgar o mérito do recurso, poderá se aprofundar na questão, mas é bastante preocupante que tenha usado o sobredito princípio para fundamentar a existência de repercussão geral.

Da mesma forma, o RE 845779 RG / SC, que trata da possibilidade da escolha de uso de banheiro público por transexual, teve, como principal fundamento para seu reconhecimento, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Também o ARE 664335 / SC, que trata da aposentadoria especial, teve, como um de seus fundamentos, a dignidade humana. Aqui, claramente, a menção à dignidade humana é prescindível, já que há uma miríade de regras constitucionais bem mais específicas que tratam do sistema previdenciário. Mesmo ao julgar uma matéria bastante técnica e minudente, como a constitucionalidade do seguro DPVAT, na ADI 4350 / DF, o STF embasou-se (ao menos consta da ementa) no princípio da dignidade humana.

Conforme já afirmado, o STF, assim como toda Corte Constitucional, tem maior liberdade na fundamentação das decisões, pois, em geral, a causa de pedir em ações que envolvam o controle de constitucionalidade (ao menos o concentrado), é aberta. Ainda, como a missão do Tribunal é proteger a Constituição, é possível embasar a sua decisão em diversos dispositivos constitucionais. Ainda, é de tradição das Cortes Constitucionais não se vincularem à jurisprudência de outros Tribunais e rever os seus julgados, quando necessário para o fenômeno da mutação constitucional.

Há, portanto, bastante liberdade concedida ao STF para interpretar a Constituição. Se o Tribunal não tiver um compromisso claro com a coerência e fundamentação das decisões, a atividade jurisdicional pode rapidamente decair no chamado "ativismo judicial".

Cabem, aqui, algumas questões referentes ao uso do princípio da dignidade humana.

A primeira, já exposta, é a necessidade de se socorrer, retoricamente, a tal princípio, se há dispositivos constitucionais de maior densidade presentes no sistema jurídico. Se, com o uso de um dispositivo de maior densidade, for possível resolver a questão, não há motivo para se socorrer do princípio.

A segunda questão diz respeito aos demais princípios que integram o art. 1º da Constituição. Eles seriam utilizados em casos semelhantes, ou seja, casos em que se discute uma questão específica? Se o STF estivesse discutindo, por exemplo, a constitucionalidade da terceirização nas relações de trabalho, o princípio da livre iniciativa seria utilizado? Se a resposta for negativa (e quase sempre é), não há motivo para utilizar o princípio da dignidade humana em casos específicos.

A terceira questão é retórica; o intérprete deve perguntar se o princípio da dignidade humana serve aos dois lados da discussão. Se a resposta for positiva (e em geral, é), o princípio da dignidade humana serve apenas como argumento retórico e, portanto, não tem função na argumentação jurídica.

Por exemplo, ao discutir a constitucionalidade da proibição do consumo de drogas, ambos os lados podem utilizar-se do princípio da dignidade humana; o lado que advoga em prol da inconstitucionalidade pode afirmar que é indigno ter que se submeter ao controle estatal para decidir que substâncias utilizar no próprio corpo; o lado que advoga a favor da constitucionalidade pode dizer que é indigno permitir que pessoas estraguem suas vidas através do consumo de drogas.

Note-se, portanto, que o argumento é meramente retórico e não tem qualquer finalidade em uma discussão que se pautar por parâmetros jurídicos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que por ser expoente do neoconstitucionalismo, seu texto tornou-se o desiderato de toda a atuação dos Poderes Públicos, vez que rompeu com antigo regime ditatorial e inaugurou uma nova ordem jurídica, com fundamentos democráticos e principiológicos.

Ocorre que com o objetivo de dar a máxima efetividade às normas constitucionais, bem como considerando seu caráter vinculativo, a utilização de seus fundamentos principiológicos foram levados às últimas consequências, como se fossem normas isentas de inter-relações necessárias com outras que lhes fornecessem algum parâmetro.

Assim, apesar da premente necessidade de se efetivar o que consta do Texto Constitucional a atuação de qualquer dos Poderes de Estado deve ser limitada, impedindo-se que a atuação, especificamente do Poder Judiciário, seja vista como a única capaz dar concretude às normas esculpidas no Texto Constitucional

Com tal limitação, não se trata de defender o retorno ao modelo da subsunção – que representaria um retrocesso –, mas de se evitar a continuidade da omissão do Poder Legislativo.

Porém, ao se fomentar uma prática hermenêutica na interpretação constitucional como mecanismo de limitação, deve-se destacar que esta seja coerente ao sistema, bem como suas decisões sejam fundamentadas em conformidade com o que prevê o ordenamento, como uma forma de tornar o sistema sempre *oxigenado* e fugir da desculpa principiológica, que proporciona em sua quantificação a *cegueira* da possibilidade de outras soluções possíveis.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista eletrônica de direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto brasileiro de direito público, nº 17, (janeiro/fevereiro/março de 2009).

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa à atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, vol. 18, n. 51, São Paulo May/Aug. 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. Traduzido por Miguel Carbonell. **Isonomia**, n. 16, 2002. Disponível em: [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf). Acesso em: 29 jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri: Manole, 2014.

FLETCHER, George. **American Law in a global context: the basics**. George Fletcher, Steve Sheppard. New York, Oxford University Press, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Escritos de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **¿Qué es una constitución?** 5. ed. Barcelona: Ariel, 1997.

MARTIN, Andréia Garcia ; MARTA, Taís Nader . Constituição Federal de 1988: Entre o Neoconstitucionalismo e a manutenção da inefetividade dos Mandamentos Constitucionais. In: **XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, 2014, Florianópolis. (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. Florianópolis: Conpedi, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

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

SASTRE ARIZA, Santiago. **Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: MacGraw Hill, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.