

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**HELIO DO VALES PEREIRA**



**UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO FRENTE  
AO DIREITO COMPARADO**

**Aracaju**

**2013**

FICHA CATALOGRÁFICA

PEREIRA, Hélio do Vales

Uma análise do ativismo judicial no ordenamento pátrio frente ao direito comparado/ Hélio do Vales Pereira. Aracaju, 2013. 113 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Departamento de Direito, 2013.

Orientador: Prof. Augusto Cezar Leite de Resende

1. Ativismo Judicial 2. Princípios Constitucionais 3. Interpretação e Aplicação da Constituição 4. Judicialização da Política 5. Direito Constitucional 6. Controle de Constitucionalidade 7. Supremacia Judicial  
I. TÍTULO.

CDU 340.61: 340.5; 342.56 (813.7)

P436u  
340.61:340.5;342.56

7682  
T.25224

HELIO DO VALES PEREIRA

**UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO FRENTE  
AO DIREITO COMPARADO**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Graduação em Direito da FANESE, como requisito  
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:  
PROF. AUGUSTO CEZAR LEITE DE REZENDE

Aracaju

2013

## AGRADECIMENTOS

Durante estes quase seis anos, de muito estudo, trabalho, viagens diárias, autoestima abatida, muitas vezes tendo visto subjugados nossos esforços, tive a impressão que este processo de graduação não iria acabar nunca, porém olhando agora de volta para 2008, vejo que tudo passou muito rápido deixando ainda na boca um gosto de não ter realizado tudo, faltando algo ainda a se realizar, aprender, dominar, vivenciar, mas por tudo que aprendi, vivi e alcancei, em tudo vejo um obra divina que O Senhor Deus me ajudou a realizar. Por ela, agradeço a Ele! Obrigado, não poderia ter chegado aqui sem o apoio e companhia de minha família, Geovania, Carol e Megan esteios lúcidos dos meus passos.

Aos meus pais, João do Vales e dona Maria Manuelina, diante da implacável ausência trazida pelo falecimento tão cedo de vocês, sempre senti suas presenças, quando a lembrança me preencheu o vazio deixado por sua partida, reforçou a minha mente com paz, tranquilidade, exemplo e paciência, muito obrigado. Agradeço aos que por mim torceram. Aos meus Pais fraternos que a vida me permitiu escolher, Nete e Joãozinho, meu obrigado e eterna gratidão pelo apoio e apreso demonstrado por mim e minha família. Espero que a cobrança seja proporcional e considere meus infinitos defeitos.

Agradeço ao Professor Augusto Cezar Leite Rezende, pelo apoio e orientação, que me alertou que a tarefa não seria fácil, mesmo assim apoiou minhas ideias, mesmo aquelas desprovidas de um saber técnico.

Aos professores Pedro Durão e Vitor Condorelle, colegas e funcionários da Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe, expresso a minha gratidão.

## RESUMO

As reflexões desta monografia centram-se na análise da importância das decisões judiciais. Na medida em que tentamos apresentar um repertório dos múltiplos sentidos do fenômeno do ativismo judicial (judicialização da política), buscamos apontar que há distinções conceituais, de teor normativo, distintas entre si e que apontam para um diagnóstico sobre a função do direito e das instituições judiciais na defesa dos ideais democráticos e republicanos na sociedade brasileira, neste trabalho procuramos expor as novas formas de controle de constitucionalidade desenvolvidas com vistas ao fortalecimento do diálogo entre o Judiciário e os poderes políticos na interpretação das normas constitucionais, questionando a supremacia judicial. Busca, ainda, desenvolver uma visão da supremacia judicial no Brasil, onde a facilidade de aprovação de emendas à Constituição parece comprometer qualquer avaliação que classifique o nosso sistema como um em que há forte predominância do Judiciário. Ao compararmos os diferentes modelos dos sistemas chamados ativistas, procurou-se dar um contexto geral sobre o ativismo judicial no Brasil.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Princípios constitucionais. Interpretação e Aplicação da Constituição, judicialização da política, direito constitucional; controle de constitucionalidade; supremacia judicial.

## ABSTRACT

The reflections of this monograph focus on the analysis of the importance of judicial decisions. To the extent that we try to present a repertoire of multiple meanings of the phenomenon of judicial activism (judicialization of politics), we seek to point out that there are conceptual distinctions, containing normative distinct from each other and pointing to a diagnosis on the basis of law and institutions court in defense of democratic ideals and Republicans in Brazilian society, in this work we seek to expose new forms of judicial developed with a view to strengthening the dialogue between the judiciary and the political powers in the interpretation of constitutional norms, questioning the judicial supremacy. It also seeks to develop a vision of judicial supremacy in Brazil, where ease of approval of amendments to the Constitution seems to compromise any evaluation to classify our system as one in which there is a strong predominance of the judiciary. When comparing the different models of systems called activists, tried to give a general background on the judicial activism in Brazil.

**Keywords:** Judicial Activism. Constitutional principles. Interpretation and application of the Constitution or the legalization of political, constitutional law, judicial review, judicial supremacy.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>O ATIVISMO JUDICIAL NORTE AMERICANO</b> .....	<b>22</b>
	2.1 Ativismo Judicial em Sistemas de Civil Law.....	26
	2.2 Ativismo Judicial e Algumas Experiências Europeias: Alemanha .....	29
	2.3 Ativismo Judicial e Algumas Experiências Europeias: ITÁLIA .....	31
	2.4 Ativismo Judicial e Algumas Experiências Europeias: Espanha.....	32
<b>3</b>	<b>O ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA E SEUS MUTIPLOS SENTIDOS</b> .....	<b>34</b>
	3.1 "Juridificação da Política" .....	39
	3.2 Desacordo Moral e a Autoridade .....	42
<b>4</b>	<b>A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL LEGITIMIDADE UNIÃO DA MORAL E DIREITO</b> .....	<b>54</b>
	4.1 Argumentos de Interpretação Segundo Niel Maccormick .....	56
	4.2 O Ativismo Judicial volta a Suprema Corte: uma interpretação de resultados .....	58
	4.3 As Diversas Correntes da Interpretação da Interpretação Constitucional: legitimidade e justiça.....	60
	4.4 O Debate entre Originalistas e Não-Originalistas .....	61
<b>5</b>	<b>DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO</b> .....	<b>64</b>
	5.1 Direitos Humanos Fundamentais – Finalidades .....	65
	5.2 Interpretação das Normas Constitucionais Aplicação aos Direitos Humanos Fundamentais .....	67
	5.3 Evolução Histórica dos Direitos Humanos Fundamentais .....	69
	5.4 Evolução Histórica dos Direitos Humanos Fundamentais nas Constituições Brasileiras .....	78
	5.5 Direitos Humanos Fundamentais: jusnaturalismo, positivismo e teoria moralista .....	81
	5.6 Conceito e Características dos Direitos Fundamentais .....	82
	5.7 Natureza Jurídica das Normas que Disciplinam os Direitos e Garantias Fundamentais. .....	85
	5.8 Direitos Fundamentais e Garantias Institucionais .....	85
	5.9 Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 Classificação .....	86
	5.10 Relatividade dos Direitos Humanos Fundamentais .....	90
	5.11 Garantia e Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais e Poder Judiciário .....	92
	5.12 O Poder Judiciário e a Defesa dos Direitos Fundamentais – A Interpretação Constitucional e o Ativismo Judicial .....	93
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>97</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>108</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se definiu em meio a um interesse que sempre interagiu com o desejo de aplicar o direito em consonância com a moral para se chegar a um ideal de justiça. E o debate em torno do movimento conhecido como ativismo judicial ou judicialização da política possibilitou a manifestação deste interesse. Verifica-se que o protagonismo do judiciário no tratamento de questões sociais, políticas e econômicas, deveriam ser o ponto de partida para adentrarmos no tema, porém apenas o desejo inicial se viu limitado em meio a um turbilhão de teorias conceitos e opiniões sobre o fenômeno do avanço judicial em direção ao terreno, ou melhor, matérias que tradicionalmente seriam temas exclusivos de atuação dos entes políticos do Estado.

A Constituição de 1988 definiu um marco na atividade judicante constitucional no Brasil, que ganhou maior dimensionalidade após a emenda constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004, conhecida como a emenda da reforma do judiciário. Historicamente a atividade judicante do julgador foi incorporada com diversas mudanças de postura ao longo da história, passando da influencia do pragmatismo na concepção das leis dentro da jurisdição como tarefa estatal entre o absolutismo e o pós-positivismo (SARLET, 2010).

A judicialização da política, ativismo judicial, diálogos constitucionais e novos enfoques à separação dos poderes são termos que passou a se integrarem à nova composição do dialogo jurídico tanto nas academias quanto nos tribunais, ditando a nova gramática do Direito Constitucional. A motivação a esta sensível mudança na relação dos julgadores com o direito, que deixaram para traz a imposição ditatorial do positivismo que limitava o julgador apenas a dizer os direitos estando restritos à lei, passando hoje a tomar parte no processo de criação do direito e sua aplicação.

As leis constitucionais incorporam a evolução do direito assim como as relações sociais incorporam e influenciam a percepção social de seus membros. Em cada período histórico da sociedade vislumbra-se um estágio evolucionário de ideias, concepções e realidades que tem o condão de dar a interpretação, tanto da sociedade quanto do direito e, por conseguinte da carta magna de cada núcleo

geossocial, concebendo a forma marginal, a instigação, as concepções e valores que influênciam a percepção universal (SARLET, 2010).

A pergunta é: o que motivou a mudança da relação dos julgadores com o direito? Vários são os conceitos que podemos adotar para explicar o fenômeno, desde a evolução social a formação científica dos magistrados e a latente, vacilante postura do legislativo diante dos programas e efetivação de suas políticas. Podemos notar na manifestação de muitos julgadores e seus julgados que a maioria destes não acredita mais que o direito e moral estejam radicalmente separados, como o positivismo normativista kelseniano propugnava (CALSAMIGLIA, 1998) e ainda, diante da incapacidade que as instâncias representativas, até então, têm apresentado para resolver os apelos e os grandes problemas nacionais, que em sua maioria encontra-se constitucionalizados, levando os conflitos ao judiciário impondo-lhes o dever constitucional de apresentar soluções às pretensões apresentadas, passando os tribunais a ser o canal a que a sociedade recorra para resolver seus anseios.

A eficácia da lei constitucional pode ser incorporada a aplicabilidade das suas disposições aos fatos, em geral, questiona-se neste momento o papel clássico da jurisdição, notadamente, quanto ao seu significado etimológico, no sentido de dizer o “direito”, para nos trazer aos fatos a justiça, via provocação do órgão julgador por aqueles que têm uma pretensão resistida. Então, desenvolve-se a fase da jurisdição do Estado Constitucional, de forma a permitir a leitura principiológica da tarefa do julgador. (MORAES, 2011)

Em decorrência, podemos vislumbrar uma incoerente digressão ao se divagar que o modelo kelseniano seja ruim por natureza, possuindo um defeito ontológico, capaz de ter permitido atrocidades na Alemanha nazista.

Num determinado momento político europeu a que se convencionou chamar de “Estado Absoluto”, os Estados personificava os seus monarcas, viram-se na contingência de racionalizar a estrutura do governo, o que foi levado a efeito por meio de uma determinação do poder a partir da criação de novos ofícios, vinculando a estrutura do poder do Estado a uma especialização de funções.

Este processo foi deflagrado em decorrência das relações sociais promovidas pela evolução da sociedade feudal de eminentemente agrícola e rural, para uma sociedade industrial e urbana, que fora impulsionada por vários conflitos

pelo domínio territorial da Europa entre 1494 e 1554, expondo o modelo estatal feudal a novas exigências organizacional do Estado.

A evolução dos burgos promovidos pelo crescimento econômico a partir do desenvolvimento tecnológico da indústria, agricultura e comércio encampanado pelos conflitos sociais instigaram a partir do século XV, o processo de formação da nova organização do poder do Estado que estava visivelmente defendida uma vez que a funesta consequência da onipotência do poder executivo do monarca delimitava de forma vil as liberdades individuais dos súditos. (MORAES, 2011)

O marco das Revoluções Americana e Francesa, 1776 e 1789, deram moldes aos parâmetros da tripartição de poderes das funções estatais, delimitando e pincelando os quadros que daria a configuração a ser adotada pelas constituições modernas.

A fórmula estabelecida para se evitar o absolutismo definiu que o poder deve ser limitado pelo próprio poder, se valendo do princípio definido por Charles-Louis de Secondat o Barão de La Brède e de Montesquieu, em que o poder do judiciário limita-se a lei e a si, o poder legislativo (povo) incumbe-se de frear o executivo, que por sua vez também se incumbe de frear o judiciário e o legislativo e vice e versa.

A doutrina do Barão de Montesquieu influenciou sobre maneira as constituições modernas, tendo a supremacia da *lex maxima*, posta em definição expressa na atuação do juiz da Suprema Corte Norte Americana, o Chief Justice Marshall, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, tendo questionamentos sendo levantados ainda hoje no que se concerne aos fundamentos daquela decisão, que a partir da qual alterou definitivamente o relacionamento funcional dos poderes introduzindo o controle de constitucionalidade das leis, fixando a supremacia das leis constitucionais.

Porém na primeira metade do século XIX, diversos países europeus tiveram no Poder Legislativo um enorme influxo de controle sobre os demais Poderes, ocasionando a promulgação de diversas leis que atribuíram plenos poderes a diversos Chefes do Executivo, na tentativa de enfrentar as crises econômicas e sociais que se abateu sobre todo o mundo. Um novo modelo de governo ditatorial, pois fim ao modelo liberal existente formando regimes de extrema direita. Na Europa os modelos ditatoriais de Benito Mussolini, Adolf Hitler, Francisco Franco e Antônio de Oliveira Salazar deram a composição aos fatores que geraram

um ciclo de renovação aos modelos e doutrinas jurídicas, entrando em cena o Estado Social de Direito e as novas constituições compromissórias, com normas programáticas, que influenciaram uma infinidade de textos constitucionais em todo mundo. (MORAES, 2011)

Vislumbro que ao afastar-se desse lugar comum deixado pelo positivismo kelseniano, crendo-se, porém, que a dogmática constitucional consolidou a ideia de que os princípios também possuem normatividade, daí que a moral, embora encoberta ou explicitamente constante na linguagem indeterminada dos princípios, não se coloca tão distante do direito.

Em decorrência alguns ordenamentos jurídicos entende que normas programáticas como as que vinculam os direitos sociais, econômicos e culturais demandam a “interpositio legislatoris” para que possa surtir efeitos frente a uma omissão legislativa, cabe ao titular do direito bater as portas do judiciário e do legislativo ou aguardar a iniciativa do chefe do executivo ou dos juízes dos tribunais superiores pugnar pela apreciação da questão.

No Brasil existe a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que encontra-se dentro das ações constitucionais vistas como remédios, na intenção de buscar a defesa dos interesses individuais e coletivos dos membros da sociedade, atuando diretamente frente ao poder do Estado.

Essa nova maneira de identificar o direito, que alguns tipificam como pós-positivista, descreve na opinião de alguns autores a corrente de pensamento, que segundo Tiago Magalhães Pires em seu livro “Pós-positivismo sem trauma” é:

o marco filosófico do chamado neoconstitucionalismo, movimento que defende uma nova forma de ver o direito, partindo da normatividade, da supremacia e da centralidade da constituição, para chegar a um modelo marcado, entre outros, pelo papel normativo dos princípios e por uma maior amplitude do espaço de atuação do interprete. (PIRES, 2001, p. 96.)

Se o pós-positivismo, em geral, e o neoconstitucionalismo, em particular, não devem gerar traumas, porque reaproximar direito e moral não é algo necessariamente negativo, eles conferem aos julgadores maior possibilidade de criar o direito, a uma maior amplitude da chamada discricionariedade judicial.

Disso advém a preocupação de muitos doutrinadores e estando esta como mecha flamejante das discussões, como possíveis remédios contra um direito “opaco”, sem conteúdo, possam ser usados em dose exagerada, de modo que os

juízes substituam a vontade das representações democráticas, dizendo o que é o direito, a pretexto de estar apenas interpretando cláusulas abertas e princípios jurídicos.

Em vários países, tem se adotado a teoria dos princípios que vem possibilitando ao poder judiciário a implementação de direitos assegurados através do uso pelos magistrados da técnica da ponderação de bens, de interesses ou valores, através da qual tem de forma contundente a contornar a inexistência de regras jurídicas positivadas para disciplinar os fatos ou objeto em julgamento.

A atuação dos magistrados na Corte Suprema do Brasil STF no sentido de promover um encontro do direito com a moral, só se tornou possível através de interpretação e aplicação dos princípios constitucionais jurídicos ou legais, explícitos ou implícitos, na constituição de 1988, de regra as decisões passaram a disciplinar julgamentos posteriores, e até mesmo vincular todas as decisões subsequentes ao entendimento formulado pelos ministros desta Corte.

Esta técnica que fora implementada primeiramente na Alemanha após a segunda guerra mundial, idealizada por Rudolf Smend, tendo sido objeto de severas críticas desde sua aplicação no Tribunal Constitucional da Alemanha, que segundo seus críticos carecia de ausência de racionalidade. Entretanto, verificamos que foi muito utilizada nas quatro últimas décadas do século passado ganhando adeptos até os dias atuais. (JÚNIOR DIRLE, 1998)

O uso da técnica de interpretação constitucional formulado por Rudolf demonstra com evidencia uma postura pró-ativa que vem permeando a atuação de alguns membros do Poder Judiciário, na busca pela garantia da maior efetividade possível às normas constitucionais, dando uma maior dinâmica ao movimento ou fenômeno chamado de ativismo judicial.

Diante das diversas manifestações ao longo de mais de quatro séculos da preponderância do modelo idealizado por Montesquieu, em que uma das funções estatais não poderia sobre por as demais, é presumível que se conceitue que eventuais abusos praticados no exercício de uma das funções não serão toleradas por muito tempo, pelos administrados ou jurisdicionados.

Podemos vislumbrar que em algum momento o conceito, a formula, a dinâmica, o modelo institucional será alterado, buscando-se a dimensionar o excesso de poder praticado e evitá-lo, em futuras decisões, mas onde podemos

verificar a medida entre o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral.

O protagonismo do Supremo Tribunal Federal como ator político é visível. A crescente judicialização das questões políticas, identificada em pesquisas recentes, traz como resultado um Poder Judiciário que passa a atrair funções, a princípio, reservadas aos outros Poderes. Neste contexto, a presente monografia indaga como as práticas decisórias da Corte Maior têm desenhado e redesenhado o modelo institucional de processo democrático brasileiro.

Isto implica questionar se os argumentos que embasam as decisões “aditivas” do Supremo Tribunal Federal, na dinâmica do ativismo jurisdicional, servem de fonte de legitimação e de democratização neste rearranjo institucional entre os Poderes, tal como atualmente existente e é praticado, e quais seriam os contornos necessários, em caso negativo.

Nesta linha, faz-se igualmente mister investigar quais os limites da representação argumentativa empregada pelo tribunal, bem como a tipologia dos conflitos e as tentativas de diálogo institucional entre os três Poderes. (JÚNIOR DIRLE, 1998).

Os Estados Unidos experimentou duas vibrantes fases do ativismo e hoje goza de uma relativa estabilidade dentro dos fatores materiais e formais da aplicação da jurisdição constitucional. O que mudou entre Brown e Roe? Por qual motivo o ativismo judicial gozou de tanta popularidade entre os juristas norte-americanos entre 1954 até 1973 e passou a ser duramente criticado nos anos que sucederam a decisão em Roe v. Wade?

O reconhecimento do Poder Judiciário como responsável pela fiscalização da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a lei fundamental de um determinado país é observado em um número cada vez maior de sistemas jurídicos. Os argumentos favoráveis a esta prática são bastante conhecidos, podendo ser resumidos no seguinte esquema: o papel atribuído ao Judiciário de guardião da Constituição é consequência do caráter normativo de hierarquia superior das constituições escritas; se uma constituição é norma jurídica dotada de supremacia em relação às demais normas, e se o papel dos juízes é exatamente o de aplicar as normas, logicamente eles não devem fazê-lo quando constatarem uma incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional e as normas fundamentais de um determinado sistema jurídico (KELSEN, 2003).

Embora o raciocínio pareça muito lógico e convincente, desde o seu surgimento (ou até antes disso) o judicial review desperta intensa polêmica, em especial pelo seu caráter “contramajoritário” (BICKEL, 1961).

Afirma-se que, dada à origem não democrática dos juízes, eles não possuiriam legitimidade para invalidar normas aprovadas pelos representantes do povo (Parlamentos), estes sim democraticamente eleitos.

Mas não é em qualquer espécie de caso que se revela presente a objeção contramajoritária. Isto porque a jurisdição constitucional possui dois componentes, um técnico-jurídico, relacionado à aplicação do direito vigente em uma determinada ordem jurídica, e outro político, decorrente do conteúdo aberto de diversas normas constitucionais (ROSENFELD, 2004).

Em casos da primeira espécie, é mais fácil identificar o texto legal objetivamente aplicável para a resolução da questão. Isso torna a declaração de inconstitucionalidade quase um exercício de subsunção. Assim, por exemplo, quando um Tribunal invalida uma determinada norma estadual por usurpação de competência constitucionalmente atribuída à União, não existe qualquer dificuldade em estabelecer o seguinte raciocínio: a Constituição estabelece as competências da União; um determinado Estado da Federação usurpou uma dessas competências ao editar uma determinada norma; logo, fácil concluir que a norma estadual é inconstitucional e deve ser anulada.

A dificuldade contramajoritária surge com força precisamente no momento da aplicação de uma norma constitucional da segunda espécie, cujo conteúdo não pode ser definido objetivamente, ou seja, sem a influência das concepções materiais (subjetivas) do julgador (ATRIA, 2003).

É aí que se questiona a legitimidade dos juízes para fazer tais escolhas, em face de sua origem não democrática. Ao determinar o conteúdo destas normas, obrigatoriamente estaria sendo feita uma opção política (no sentido de que ela não é determinada pelo direito) por uma das possíveis interpretações que o texto permite (POSNER, 2005). A origem não democrática dos juízes leva ao questionamento de sua legitimidade para resolver questões deste segundo tipo.

Uma vez que as críticas baseadas na dificuldade contramajoritária são centradas justamente no componente político da jurisdição exercida pela Suprema Corte, é natural que, do ponto de vista da posição político-ideológica de seus autores, sua origem varie de acordo com a orientação predominante no Judiciário.

Nos Estados Unidos, por exemplo, entre 1890 e 1937, quando a Suprema Corte era majoritariamente conservadora, e os poderes políticos eram mais progressistas, as críticas mais agudas à atuação da Corte vinham do espectro político da esquerda, enquanto a direita conservadora elogiava o seu caráter preservacionista e antidemocrático.

Entre os anos de 1937 e 1968, entretanto, os papéis se invertem, com a Corte de Warren, claramente progressista, e o Executivo (especialmente nos Estados) conservador. A doutrina constitucional, da mesma maneira, inverteu os papéis, com trabalhos de acadêmicos liberais exaltando a atuação judicial e os conservadores a criticando (BICKEL, 1986) Agora a situação se inverte novamente, completando-se o ciclo: a Suprema Corte tem um perfil conservador, e os autores progressistas voltam seus esforços para a crítica à sua atuação (FRIEDMAN, 2004)

A dificuldade contramajoritária, no entanto, não é a única perspectiva a partir da qual a prática do judicial review é criticada. Um outro aspecto, que até pouco tempo não era lembrado pelos estudiosos da prática estadunidense, passou a receber muito mais atenção por parte da doutrina contemporânea: a ideia de supremacia judicial (FRIEDMAN, 1998). A tendência mais recente parece ser a de que esta se torne o principal objeto das críticas à atuação da Suprema Corte, tomando o espaço antes ocupado pela “dificuldade contramajoritária” (GRIFFIN, 2002, p. 281).

Os autores que criticam a supremacia judicial não negam a importância do Judiciário na proteção do Texto Constitucional e, principalmente, dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Apenas questionam se esta deve ser a última palavra sobre tais matérias, defendendo uma participação mais intensa dos demais poderes na garantia de tais prerrogativas.

Neste grupo de autores, pode-se citar o Professor da Universidade de Tulane, Stephen M. Griffin, que, entre os anos de 2000 e de 2003, publicou uma série de três artigos abordando a temática do judicial review e sua inserção no panorama estadunidense atual. Seu ataque à supremacia judicial começa pela constatação de que esta característica desenvolveu-se apenas no século XX, não fazendo parte da concepção de judicial review que vigorava à época de seu aparecimento, com *Marbury v. Madison*. Sua afirmação pela Suprema Corte deu-se em 1958, no julgamento do caso *Cooper v. Aaron*, no qual se estabeleceu que “o

Judiciário Federal é supremo na exposição do direito constitucional” (GRIFFIN, 2000, p. 683)

O ponto central desenvolvido pelo autor no ataque à supremacia judicial é o de que o movimento pelos direitos civis criou nos Estados Unidos o que ele chama “democracia de direitos” (*democracy of rights*). Nesta espécie de democracia, os poderes políticos, atentos às reivindicações da sociedade no sentido da proteção aos direitos individuais, encampam o discurso da proteção a tais direitos. Como salienta Griffin, “na democracia americana contemporânea, todos os ramos de governo estão preocupados de maneira consistente com os direitos, e, genericamente falando, atuam para criar, promover e aplicar direitos constitucionais importantes” (GRIFFIN, 2000, p. 683). O reflexo deste fator na atuação do Judiciário é claro, sendo exposto pelo autor da seguinte maneira:

A democracy of rights is thus a recent and valuable achievement. Historicizing the concept of democracy has significant implications for the traditional argument about the legitimacy of judicial review. From the perspective of those who support judicial review, it has always been important to point out the historic role the Supreme Court has played in protecting the rights of Americans against the excesses of majoritarian democracy. Of course, careful students of judicial enforcement of the Bill of Rights know that Court decisions protecting these rights are largely a phenomenon of the twentieth century. Still, there is no doubt that Court decisions protecting valuable constitutional rights antedate the civil rights movement. But this reality does not show that the Court has been protecting us against democracy. It shows rather that the Court was able to protect some rights in an era in which the United States had yet to achieve the status of a democracy of rights. (GRIFFIN, 2000, p. 683).<sup>1</sup>

À medida que os poderes políticos, democraticamente eleitos, também passam a atuar na proteção dos direitos, o Poder Judiciário perde o seu principal diferencial em relação aos outros dois, que era justamente a maior sensibilidade às demandas das minorias oprimidas pelo processo deliberativo democrático (GRIFFIN, 2000). Isso ocorre não só porque os poderes políticos encampam o discurso de proteção aos direitos, mas também porque os seus titulares (especialmente do

<sup>1</sup> A democracia dos direitos é, portanto, uma conquista recente e valiosa. Historicizar o conceito de democracia tem implicações significativas para o argumento tradicional sobre a legitimidade da revisão judicial. Do ponto de vista de quem apoiar a revisão judicial, que sempre foi importante ressaltar o papel histórico do Supremo Tribunal Federal tem desempenhado na proteção dos direitos dos americanos contra os excessos da democracia majoritária. Claro, os estudantes cuidadosos de execução judicial do Bill of Rights saber que decisões judiciais que protegem esses direitos são em grande parte um fenômeno do século XX. Ainda assim, não há dúvida de que as decisões judiciais de proteção dos direitos constitucionais valiosos são anteriores ao movimento pelos direitos civis. Mas esta realidade não mostra que o Tribunal tem sido nos proteger contra a democracia. Ela mostra, sim, que o Tribunal foi capaz de proteger alguns direitos em uma época em que os Estados Unidos tinham ainda para alcançar o status de uma democracia de direitos. (GRIFFIN, 2000, p. 683-701) Livre tradução

Executivo), percebendo a força do Judiciário na configuração dos direitos individuais e, conseqüentemente, na política eleitoral, começam a trabalhar para que os seus ocupantes ajam da mesma maneira que eles o fariam.

Tem início, assim, o processo de politização das indicações para juizes federais (especialmente para a Suprema Corte), que atinge o seu ápice na era Reagan, quando foram montadas verdadeiras forças-tarefa para investigar as posições ideológicas de possíveis candidatos a cargos na Magistratura Federal. O Judiciário, assim, passa a refletir as concepções dominantes na arena política, deixando de ser um poder independente contraposto aos demais (GRIFFIN, 2000).

Griffin, no entanto, não chega a defender a extinção do judicial review. Reconhecendo que o controle exercido pelo Judiciário teve um papel importante enquanto os Estados Unidos não se tornaram o que ele classifica como “democracia de direitos”, o que o autor propõe é a adequação a esta nova configuração democrática, na qual os direitos fundamentais ocupam o centro do debate e a qualidade deliberativa do sistema é bastante elevada. Desta forma, é preciso reconhecer que o Poder Legislativo possui aberturas mais adequadas às manifestações populares do que o Judiciário, o que coloca em cheque a supremacia judicial, mas sem implicar a extinção do controle (BERMAN; GRIFFIN, 2005). Nas palavras do autor:

[...] judicial review has to be available for cases that are truly matters of adjudication in that they concern only the litigants. Further, it is consistent with the idea of a democracy of rights that judicial review be available for those now somewhat rare cases where it can be shown that the avenues of political change are closed. (GRIFFIN, 2000, p. 74).<sup>2</sup>

Além de Griffin, autores ligados a uma teoria constitucional procedimentalista parecem naturalmente tendentes a ver o judicial review com ressalvas, em função de seu matiz antidemocrático. É o caso de nomes como John Hart Ely, Carlos Santiago Nino e Jürgen Habermas.

---

<sup>2</sup> [...] revisão judicial tem de estar disponível para os casos que são verdadeiramente questões de julgamento na medida em que dizem respeito apenas os litigantes. Além disso, é consistente com a idéia de uma democracia dos direitos que a revisão judicial estar disponível para os casos agora um pouco raros, onde pode-se mostrar que as vias de mudanças políticas estão fechados. (GRIFFIN, 2000, p. 74).<sup>2</sup>

Tushnet critica, ainda, o medo que os liberais têm de deixar o povo decidir questões controversas, preferindo tentar fazer a Suprema Corte decidi-las a buscar o apoio popular por meio da aprovação de leis ou de emendas constitucionais (TUSHNET, 2008). O desenvolvimento de tal teoria passa ainda pela análise política da forma como os liberais têm defendido o papel da Suprema Corte na proteção aos direitos fundamentais. Esta defesa feita pelos liberais os fez perder seu caminho, na medida em que a Corte deixou de proteger tais direitos (por exemplo, a liberdade de religião e as políticas de ação afirmativa em favor dos afroamericanos) para fazer prevalecer os interesses dos grupos majoritários. E mesmo quando as posições liberais prevalecem na Suprema Corte, o que ocorre em temas como o aborto e o direito de liberdade de expressão no universo cibernético, essas decisões teriam um efeito negativo, consistente na reação dos conservadores que as contra-atacam apoiando legislações que restrinjam tais direitos, buscando superá-las ou pelo menos reduzir o seu impacto (ROSENBERG, 2008). Além disso, e mais importante, eles tentam influenciar o processo de indicação de juízes, garantindo, no futuro, apoio judicial às suas posições (TUSHNET, 2009).

Trabalhos posteriores do mesmo autor deixam claro que o tema não se esgotou com *Taking the Constitution Away from the Courts*. Em artigo publicado em 2005, ele chega a radicalizar seu argumento, defendendo a edição de uma emenda constitucional abolindo o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário estadunidense (TUSHNET, 2005). Desta maneira, os democratas deveriam se preocupar em ganhar apoio popular - e, conseqüentemente, o Legislativo - para suas propostas, e não confiar na Suprema Corte para fazê-las prevalecer. Acabar-se-ia, assim, com posições oportunistas, que defendem o ativismo judicial sempre que este seja favorável às suas posições ideológicas, repudiando-o nos demais casos (TUSHNET, 2005). Mais adiante, Tushnet, acompanhado de outros autores, começa a desenvolver um estudo sobre o modelo que parece capaz de apresentar uma resposta satisfatória para a polêmica em torno do judicial review: os sistemas de controle "fraco" de constitucionalidade desenvolvidos em alguns países.

Ao utilizar a metodologia de levantamento bibliográfico sobre o ativismo judicial abordamos a partir da classificação das características das atividades de julgamento das cortes superiores dos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Itália, organizando os resultados obtidos em uma sistematização das principais características dos tribunais basando tais sopeses para compor uma

fundamentação sobre o tema, através de análises textuais, temática e interpretativa, de problematização e de síntese para aplicação do conhecimento obtido a partir dos referenciais consultados.

## 2 O ATIVISMO JUDICIAL NORTE AMERICANO

A consulta a duas fontes elementares ainda que prestigiadas de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary of Law e Black's Law Dictionary*, evidencia que, já de origem, o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos.

Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico: a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o público leigo. No artigo "*The Supreme Court: 1947*", o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana: foram classificados como ativistas judiciais os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge; como campeões da autolimitação, os juízes Frankfurter, Jackson e Burton; e os juízes Reed e Vinson, como integrantes de um grupo de centro. Schlesinger Jr., ganhador do Prêmio Pulitzer e responsável por uma obra dedicada à crítica social americana, com ênfase na exploração do liberalismo exercitado por importantes políticos na história daquele país, tinha no ativismo judicial um elemento condicionante de sua análise, ao reconhecer, em uma linha divisória entre juízes ativistas e os de uma autolimitação, um reflexo de uma tendência liberal ou conservadora na atividade judicante de cada magistrado. (KMIEC, 2004, p. 36)

Desde então, a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante. Assim, é o caso de Kermit Roosevelt III, que assim observa: "O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de

conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão"<sup>3</sup>.

Esse tom de denúncia associado à expressão "ativismo judicial" tem se dirigido, tradicionalmente, às cortes de viés político liberal, principalmente à pragmática *Corte Warren*. Nos últimos anos, o reverso da moeda também se verifica, com artigos que demonstram que o ativismo também pode estar presente em cortes de tendência conservadora. Hoje, por exemplo, alega-se que a Corte Rhenquist, apesar de sua matriz conservadora, foi bastante ativa judicialmente. Não obstante o uso assistemático do conceito de ativismo nos debates sobre a política judiciária, seu tratamento no âmbito da pesquisa acadêmica revela-se mais metódico. E ainda de Keenan Kmiec (1976) a sistematização das definições traçadas ao termo em sede doutrinária, e mesmo em sua utilização jurisdicional ao reconhecer as cinco principais conceituações do ativismo judicial, de uso corrente na atualidade a saber:

- a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes;
- b) estratégia de não-aplicação dos precedentes;
- c) conduta que permite aos juízes legislar "da sala de sessões";
- d) afastamento dos princípios metodológicos de interpretação;
- e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.

A multiplicidade de sentidos reconhecida à expressão ativismo judicial oculta, numa primeira aproximação, a vasta complexidade da adoção efetiva dessa prática por parte de um órgão jurisdicional, a Corte Constitucional. (LINDQUIST, 2009)

O ponto de fragilidade da primeira das manifestações acima, que reconhece como tônica do fenômeno o desafio ou a pouca deferência à atividade desenvolvida por outro poder, reside em sua potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes. Isso porque o Judiciário poderia assumir duas posições diante das escolhas políticas realizadas pelo legislador nos casos de maior incerteza quanto à correta interpretação e aplicação do texto constitucional: adotar uma postura auto limitativa (*self-restraint*) e privilegiar a decisão do legislativo em face de

---

<sup>3</sup> Livre tradução "The term judicial activism, as is typically used, is essentially empty of content, is simply a way of registering disapproval inflamed forward to a decision."

questões controversas; ou dizer o direito aplicável às questões politicamente sensíveis, o que caracterizaria o ativismo judicial, a invalidar por inconstitucionalidade escolhas políticas dos outros órgãos estatais. (MARSHALL, 2002)

O problema na identificação do ativismo, judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação e aplicação constitucional. Afinal, qual o parâmetro que deve ser utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não em que reside tomar com uma controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade conseqüentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.

O segundo sentido emprestado ao termo guarda relação com o afastamento, pelo julgador, dos precedentes judiciais. Para melhor compreender o traço identificador da afirmação, cabe repassar brevemente a estruturas dos sistemas jurídicos pertencentes ao sistema da *common law*.

A base desses sistemas é a doutrina do *stare decisis*, na qual as decisões proferidas por órgãos de julgamento superiores devem ser seguidas por entidades judicantes inferiores toda vez que estas estiverem diante de fatos idênticos chamados de verticalização dos precedentes. Ademais, um tribunal não deve ignorar suas próprias decisões anteriores chamados horizontalização dos precedentes, a menos que haja espaço para o *overruling*: desconstituição fundamentada do precedente, que não mais guardará o caráter vinculante reconhecido até então. Assim, nessa segunda vertente, o ativismo judicial seria um desrespeito às decisões com força vinculante (vertical ou horizontal) sobre o respectivo órgão judicante. (KERPEL, 2001)

O problema existente na referida caracterização diz respeito à complexidade do próprio sistema de precedentes nessas dimensões horizontal e vertical. Por exemplo, se é quase inquestionável poder qualificar como ativista a corte inferior que não respeita os precedentes emanados por uma superior, mais difícil é atribuir a pecha do ativismo à corte que supera seus próprios precedentes, à medida que o *overruling* constitui-se em uma técnica própria do sistema. A

superação de uma linha equivocada de interpretação ou o ajuste em face de novas circunstâncias históricas, ainda que determinem o overruling, não são vistas pela doutrina como sinais de ativismo (KERPEL, 2001).

O terceiro sentido emprestado ao termo ativismo, que leva em conta os juízes legisladores, diz respeito à própria concepção que se tem do direito. Para alguns, o papel dos tribunais não é criar, mas revelar o sentido implícito do texto normativo. Uma corte ativista, neste sentido, seria a que ultrapassa os limites dados pelo texto normativo, ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes. A dificuldade gritante de tal abordagem encontra-se na controvérsia insuperável em torno do conceito de "direito". A título de exemplo, citamos três expoentes de diferentes escolas jurídicas e suas opiniões quanto à interpretação e a delimitação do tema:

a) para Holmes, todo direito é criado pelos tribunais; (HOLMES JR, 2002, p. 425)

b) para Hart, a criação judicial do direito está circunscrita à penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral; (HART, 2005, p. 67)

c) para Dworkin, toda interpretação do direito, embora seja criativa, está pautada tanto em standards jurídicos quanto na distinção aplicativa entre regras ou princípios. (DWORKIN, 2002, p. 86)

A ponderação ou questionamentos a se fazer seria qual o comportamento adotado por uma Corte que se caracterizaria por criar o direito sem autorização para fazê-lo?

Os princípios interpretativos constitucionais a serem adotados por uma ou outra corte pode influenciar e gerar os mesmos problemas de compreensão, e qual é a definição que identifica ativismo na prática que envolve o afastamento, pela corte, dos preceitos aceitos de interpretação. Teríamos aqui os mesmos problemas apontados na associação do ativismo com o juiz legislador.

Se uma corte ativista pode ser caracterizada como tal pelo afastamento dos princípios de hermenêutica jurídica (sobretudo constitucional) partilhados pela comunidade de intérpretes, portanto, do desenvolvimento de uma atividade interpretativa e aplicativa que se poderia qualificar como uma gênese normativa, o difícil é definir quais seriam esses parâmetros minimamente compartilhados. No âmbito da teoria constitucional norte-americana, destaca-se, por exemplo, o debate

entre os atuais juizes da Suprema Corte Antonin Scalia e Stephen Breyer sobre a correta metodologia de interpretação constitucional (HUFFMAN, 2012). Para o *justice Breyer*, a Constituição dos EUA é um ente vivo: portanto, os juizes devem ir além da estrita interpretação literal das leis, sobretudo quando as palavras são ambíguas ou incorporam um valor somente aplicado às circunstâncias atuais. Antônio Scalia (2009), por sua vez, defende o "originalismo", ou seja, a leitura precisa das palavras da Constituição, considerando os significados na época em que foram escritas. (HUFFMAN, 2006).

Como visto, é difícil vislumbrar um consenso sobre os métodos de interpretação constitucional que justifiquem a configuração razoável do ativismo judicial. Tal situação é agravada com o presente debate da internacionalização das decisões da Suprema Corte, como aconteceu recentemente no caso *Lawrence vs. Texas*. (KERMIT, 2011)

Encontra um significado, que identifica ativismo na prática jurisdicional cujo objeto seria alcançar finalidades predeterminadas, ao nosso entender, conjuga-se em dificuldades apontadas diante das concepções anteriores ao ativismo e a todos os demais traços percorridos podem constituir-se em técnicas ou instrumentos necessários a essa vontade do julgador.

Acreditamos que o problema estaria na verificação empírica. Difícilmente será possível descortinar os motivos subjacentes à decisão judicial, ainda mais de forma a evidenciar que a vontade do julgador tenha sido o principal elemento orientador.

Apesar da ausência de um conceito único derivado de uma pedra de esquina de ativismo, o debate em torno dessa prática permite o deflagrar de uma análise importante acerca do artífice judicial, uma oportunidade para formular relevantes questões adjacentes à tática de decisão. (KMIEC, 2010)

É nesse mesmo sentido que caminha esta monografia, ao examinar comparativamente a estratégia de construção de decisões das corte superiores Norte Americana e Brasileira para verificar os aspectos do ativismo judicial em ambos os países e a presença desse traço.

## **2.1 Ativismo Judicial em Sistemas da Civil Law**

Demonstram as divagações anteriores acima expressas que o tema do ativismo judicial e seu contorno teórico, seus elementos identificadores e sua

eventual associação a uma determinada tendência ideológica de parte da corte competente para o exercício de jurisdição constitucional encontrou expressivo desenvolvimento em terras norte-americanas, seja pelas características próprias de seu constitucionalismo seja pelo papel que, ao longo da história, se tem reconhecido à Suprema Corte. Todavia, a reflexão quanto ao ativismo, e suas implicações, no que toca aos limites e possibilidades legítimos de atuação das Cortes Constitucionais, não se constituem em reserva do sistema norte americano, ou menos ainda, do sistema da *common law* (CAPPELLETTI, 1988). Seria Correto afirmar que o sistema norte americano, de constituição sintética e já tão distanciada no tempo, no que diz respeito às suas condições históricas de enunciação, visivelmente se revelaria mais suscetível ao debate em torno do ativismo do que os sistemas de constituição analítica. Somando-se a isso as evidentes distinções decorrentes da adoção de uma arquitetura de *common law* revestida, em princípio, de maior flexibilidade ou de *civil law*, ambas vindo a se utilizar o ativismo como estratégia de exercício da jurisdição utilizando-se com maior frequência o sistema da *common law* do que no sistema da *civil law*, que esta seria mais limitada o uso do ativismo em relação às possibilidades de ação jurisdicional expansiva, pelas próprias fronteiras dos respectivos textos.

Se esse dado mostrou-se mais significativo em tempos de positivismo jurídico, perdeu em muito a sua importância com o florescer do neoconstitucionalismo, que combina textos fundamentais dotados de forte conteúdo valorativo com novas práticas jurisprudenciais (CARBONELL, 2007) que deem espaço a técnicas interpretativas próprias aos princípios constitucionais, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, entre outras. Também na perspectiva das modificações impostas ao Estado como unidade de poder do modelo liberal, o do bem-estar, até a priorização das funções intervencionistas, impulsionadoras e reflexivas (CALLOSSE, 1999) e do Direito como uma das linguagens de trabalho da política, ocorrem às insuficiências do modelo vigente, sejam de produção, de aplicação da lei, de garantia de sua interação com a sociedade à qual ele se destina. Tudo isso determina ao Judiciário, destinatário final dos conflitos pessoais e institucionais, a busca por novas respostas, num sistema do Direito que passa a lidar igualmente, na expressão de François Ost e Michel Van de Kerchove, (KERCHOVE, 2002, p.17) com um "meta-princípio da relatividade". Esse fenômeno de exploração

jurisdicional dessas possibilidades de um novo Direito, ao qual se tem muitas vezes associada à qualificação de ativismo, não se constitui em privilégio dos sistemas de *common law*. Portanto, o tema transcende as fronteiras norte-americanas para alcançar, em maior ou menor intensidade, quase todos os países que tenham optado pelo constitucionalismo no modelo ocidental. (CAPPELLETTI, 1999) Ran Hirschl já evidenciava, em trabalho mais recente de matiz comparativa (HIRSCHL, 2007), que a conjugação de modelos constitucionais estáveis, com o judicial review como instrumento de autopreservação, proporcionou a judicialização do que denomina mega-politics, como decorrência da constitucionalização dessa mesma dimensão de política (*polity*), no sentido de estruturação e conformação básica do Estado que se tenha pela constituição organizada. (COUTO, 2005)

The existence of a constitutional catalogue of rights, by contrast, not only provides the necessary institutional framework for courts to become more vigilant in their efforts to protect the fundamental rights and liberties of a given polity's residents, but also enables them to expand their jurisdiction to address vital moral dilemmas and political controversies of crucial significance to that polity. What is more, the existence of a constitutional framework for judicial activism may provide judicial actors who are unable or unwilling to advance their policy preferences through majoritarian decision-making arenas with an alternative institutional channel (the courts) for accomplishing their policy goals.<sup>4</sup>

A presença de um catálogo de direitos associada à jurisdição constitucional cujo exercício se outorgue a uma magistratura ou corte revestida de adequado desenho institucional de garantias como impulsionadora de uma judicialização mais intensa da vida e da política, ambiente de debate que favorece a prática do ativismo, há de se acrescentar, na precisa observação de Ahumada Ruiz (AHUMADA, 2005), a consolidação mesmo dos regimes democráticos. Afinal, superadas as mais imediatas preocupações com a sustentabilidade das democracias e, portanto, da proteção da constituição como instrumento de estruturação do poder abriu-se espaço a uma atuação mais construtora e reparadora

---

<sup>4</sup> Livre tradução: A existência de um rol constitucional de direitos, por um lado, não só fornece um quadro necessário institucional para os tribunais, para tornarem-se mais vigilantes em seus esforços para proteger os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos determinando quais políticas mais adequadas ao rol constitucional, mas também lhes permite expandir sua jurisdição para abordar dilemas vitais e morais e controvérsias entre direitos de importância crucial para determinar que políticas se adequam ao modelo constitucional. Ainda mais, a existência de um rol constitucional para o ativismo judicial pode fornecer aos agentes judiciais que não são capazes ou não querem avançar nos direitos fundamentais podem fazê-lo através das decisões majoritárias das cortes como um canal institucional alternativo (Ao legislativo) para a realização de seus objetivos políticos.

do sentido constitucional e de seus efeitos sobre a sociedade. Menos que defender a Constituição (que já não parecia alvo de riscos reais e imediatos), aquilo de que se passam a ocupar as cortes constitucionais, trata-se de garantir os enunciados prospectivos desse mesmo texto fundante, buscando a sua eficácia.

Aqui, é importante considerar na análise do ativismo judicial em países de *common* e de *civil law*, os efeitos decorrentes de sua própria experiência histórica, no que toca aos conceitos de Estado e de qual seria o seu papel. Mais uma vez, é Ahumada Ruiz (AHUMADA, 2005) quem destaca o sistema europeu de jurisdição constitucional como mais receptivo a um modelo de Estado onipresente, imbuído na sociedade mediante uma rede cada vez mais ampla de direitos, deveres e obrigações recíprocos. Isso à conta do dado histórico de que a própria concepção europeia de um Estado de Direito tenha-se baseado por um traço quase feudal, de uma proteção estatal devida a seus súditos em troca de lealdade diferente do cenário americano, em que a presença mais forte do Estado na vida se reputava como um mal em potencial. Essa percepção diferenciada determinará menor estranhamento em relação a ampliar o espectro de possibilidades do exercício de uma jurisdição constitucional conformadora do conteúdo desse mesmo texto e, portanto, mais próxima da prática do ativismo.

## **2.2 Ativismo Judicial e Algumas Experiências Europeias: Alemanha**

Se for certo que, no terreno do direito em geral, a tradição germânica repousa em uma premissa de um sistema normativo racional, dedutivo, vinculado à jurisprudência dos conceitos, não é menos certo que a interpretação constitucional culminou por determinar ao Tribunal Constitucional outras aproximações do Texto Fundamental, a partir das premissas de sua unidade estrutural, e de seu compromisso em estabelecer uma ordem de valores objetiva, instrumental à garantia de um núcleo fundamental de direitos. Em consequência, a própria posição dessa mesma corte na equação de poder se traslada na afirmação de Konrad Hesse (HESSE, 1998) para o rol dos órgãos envolvidos na chamada direção superior do Estado, dedicado ao âmbito, do ordenamento jurídico constitucionalmente, na formação da unidade política, na condução geral da política e na formação da vontade política.

É de Donald Kommers a síntese de estratégias adotadas pela Suprema Corte, na Alemanha, destinadas a suavizar o impacto político de suas decisões, que pudessem, em alguma medida, traduzir uma interferência na atuação anterior do legislador. São provimentos ou cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora (KOMMERS, 1997). Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema do equilíbrio e harmonia entre os poderes (VALLE, 2007).

O que se percebe das espécies de provimento jurisdicional desenvolvido pela Corte Constitucional alemã é uma sutil conciliação entre ativismo quanto ao conteúdo do texto constitucional, que busca, no entanto, caminhos de concretização no mundo da vida, que não desconsiderem a indispensável intervenção das demais estruturas de poder, como estratégia, também de poder, para garantir o resultado de suas próprias decisões (KOMMERS, 1997).

É de Hesse o argumento de que a tarefa de se proteger a Constituição e seu conjunto de valores repousa no fortalecimento da sua própria força normativa, destacando que isso se dará não apenas por meio de medidas de segurança preventivas ou repressivas, mas principalmente, pelos chamados "asseguramentos construtivos", que devem impedir que a abertura da Constituição possa ser substituída pela unidade que exclui estabelecimentos de objetivos alienantes e não mais acessível à atividade de forças diferentes, nomeadamente na coordenação e equilíbrio de poderes. Uma permeabilidade, portanto, à atualização do texto constitucional por outras forças que concorrem na sociedade que ela rege. Com isso, um espaço para práticas de matiz ativista, mas subsidiada por um amplo espectro de autores dessa atualização interpretativa do texto, toma-se traço fundamental para consolidar sua própria força normativa. (HESSE, 1999)

Entretanto, encontrar o ponto médio entre a garantia de uma Constituição como ordem de valores, tutelada por uma jurisdição constitucional ativa, e a devida reverência ao juízo de deliberação do legislador é tema longe de pacificação, mesmo na Alemanha. (CRUZ, 2005)

### 2.3 Ativismo Judicial e Algumas Experiências Europeias: Itália

Os pontos de aproximação no que tocam a um modelo comum de constitucionalismo e a determinado pano de fundo institucional determinam manifestações semelhantes de ativismo na Europa, prática concretizada por mecanismos processuais similares.

Na Itália, noticia Carlo Guarnieri, a própria criação da Corte Constitucional e sua polarização com a Corte de Cassação no conflito pela atribuição de fixar a interpretação da lei, antes monopólio dessa última, além do imperativo de superação de uma legislação pretérita incompatível com o Texto Maior que o Parlamento não se animava a reexaminar determinaram uma postura mais ativista por parte da corte. Carlo Guarnieri destaca que essa expansão ocorreu sempre com o tribunal constitucional evitando contrapor-se à classe política, valendo-se de "estratagemas institucionais" como a consagração das sentenças interpretativas e aditivas, além da modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e as sentenças de doppia pronunzia. (GUARINERI, 2003)

Na experiência italiana, destaca-se o desenvolvimento da doutrina do direito vivente, que mitiga os riscos atinentes a uma excessiva concentração de poderes em favor da Corte Constitucional. Operando a Itália sob um sistema de jurisdição constitucional concentrada, em que a provocação à análise da questão constitucional dissemina-se por todo o Judiciário, ao remeter-se a decisão à Corte Constitucional, põe-se, como variável à consolidação do papel deste órgão jurisdicional, a construção de uma cooperação com os próprios membros do Judiciário, que detinham competência para elevar os temas à sua apreciação. A solução doutrinária traduz-se no reconhecimento de um nexo de instrumentalidade entre interpretação e aplicação da lei. Disso decorrerá mais do que a dissociação entre o texto e a norma, mas a necessidade para se enfrentar a questão constitucional de conhecer e considerar o significado aplicado, no âmbito do Judiciário, da norma como hipotético resultado hermenêutico. (CRUZ, 2005)

Indiscutivelmente, funciona o direito vivente como um relevante instrumento de delimitação do ativismo judicial, à medida que estabelece as fronteiras da discussão e orienta o objeto da própria atuação da Corte Constitucional.

Enzo Cheli assinala uma terceira etapa: o enriquecimento do tecido dos direitos sociais, com a aplicação mais extensa do princípio da igualdade. Credita o autor essa tematização às próprias condições político institucionais italianas, que favoreciam um discurso favorável às ideias de igualdade material. (CHELI, 2005)

#### **2.4 Ativismo Judicial e Algumas Experiências Européias: Espanha**

Na Espanha, o protagonismo da jurisdição constitucional na vida política também se apresenta. É esclarecedora a lição de Eduardo Garcia de Enterría de que o Tribunal Constitucional, no desenho institucional ali concebido, há de funcionar como elemento garantidor da continuidade do consenso político inicial que permitiu a retomada da ordem democrática e a cunhagem da Constituição de 1978. (ENTERRIA, 2001)

Também Perfecto Andrés ibáñez consigna a importância do Tribunal Constitucional como vetor de equilíbrio na equação das forças políticas, ressaltando que a proeminência da função jurisdicional só pôde encontrar espaço à conta de outro fenômeno, não menos atípico: a emergência de condutas delitivas nos demais âmbitos institucionais, das quais se pode concluir o estrondoso fracasso dos mecanismos preventivos dos desvios ou patologias de funcionamento das estruturas formais de poder. (CAPELLA, 2003)

Manifestação típica do ativismo espanhol a exemplo do italiano é o desenvolvimento jurisprudência! de técnicas e modalidades de provimento que permitem a concretização de atividades distintas da simples chancela de validade ou nulidade dos temas submetidos a controle. E no espaço da eventual baixa densidade de normas constitucionais, já advertia Gómez Puente, que a atividade interpretativa encontrará maior liberdade de atuação; e justamente esses espaços propiciaram na Espanha o desenvolvimento das sentenças interpretativas e aditivas, veículos da concretização do ativismo judicial. (PUENTE, 1997)

As dificuldades institucionais relacionadas a um ativismo de parte da corte constitucional envolviam zonas de tensão não só com o Legislativo eventualmente desconsiderado nas suas conclusões e prognoses pelo provimento judicial, mas também, com as outras esferas do próprio Judiciário, que se viam adstritas às

conclusões do Tribunal Constitucional sem que tal consequência se pudesse extrair diretamente do Texto Fundamental (REVORIO, 2001).

De outro lado, são essas mesmas zonas de tensão que funcionam como limite a excessos de parte do Tribunal Constitucional. É de Garcia de Enterría a lição de que nem o Parlamento, nem os partidos políticos, nem o povo aceitariam uma Corte Constitucional que decidisse as graves questões que lhe são submetidas com base em critérios pessoais: ou simpatia ou opção política dos juízes. É a transcendência da sua função que exige da jurisdição constitucional a renúncia a critérios simplesmente políticos de decisão; portanto, traz como fatores limitadores à prática do ativismo a preservação dos critérios de avaliação e composição do problema. (ENTERRIA, 2001)

John Hart Ely, autor da principal obra crítica do *judicial review* no século XX, afirma que os Tribunais só deverão intervir na legislação democraticamente aprovada quando a própria integridade do processo de deliberação tenha sido violada, mas jamais para realizar escolhas substantivas (ELY, 1980, p.77). Assim, a intervenção do Judiciário no processo político não é sempre ilegítima, mas deve limitar-se aos casos em que os caminhos da democracia encontrem-se obstruídos ou quando seja necessário proteger determinados direitos de minorias contra as maiorias ocasionais (VIEIRA, 2007.).

Habermas aproveita-se da teoria procedimentalista de Ely para defender a legitimidade dentro de um paradigma republicano (não liberal) da democracia. Afirma o jusfilósofo alemão que “o Tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundam legitimidade” (HABERMAS, 2003. p. 340). Mais adiante, conclui que quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. (HABERMAS, 2003. p. 346-347)

Outro importante autor que questiona a legitimidade do *judicial review* é o argentino Carlos Santiago Nino, falecido precocemente em 1993. Nino afirma que defender a supremacia da palavra do Judiciário sobre o Legislativo implica um “elitismo epistemológico” injustificável, já que, para ele, é a democracia quem possui um valor epistêmico intrínseco, o que deve acarretar uma postura de deferência em relação às decisões tomadas por meio de amplo debate.

Ainda assim, Nino (1997) reconhece três situações em que seria legítimo o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis:

- (i) quando as regras do procedimento democrático não são cumpridas;
- (ii) quando estiver em jogo a autonomia pessoal (já que nestes casos a decisão isolada de um indivíduo sobre sua própria autonomia tem um valor epistêmico maior do que a decisão da coletividade); e

(iii) quando se busca preservar uma prática social ou convenção dentro da qual a decisão opera, a fim de fazer prevalecer a constituição histórica (NINO, 1997, cap. 7).

Griffin, Ely, Habermas e Nino têm em comum o fato de que, embora questionem a legitimidade do judicial review, terminam por aceitar a sua existência, ainda que apenas em situações específicas, como em razão da necessidade de se proteger direitos individuais (Griffin), os mecanismos democráticos (Ely e Nino), ou para proteger ambos, embora com moderação (Habermas).

Mais radical neste ponto é Mark Tushnet. Em sua principal obra de crítica ao judicial review, o professor da Universidade de Harvard, ligado ao Critical Legal Studies, apresenta uma forte objeção ao sistema praticado nos Estados Unidos. Seu principal questionamento também se refere justamente à ideia de supremacia judicial. Defendendo uma posição populista, o que ele tenta fazer é imaginar um mundo no qual a tarefa de emitir opiniões constitucionais seja mais amplamente distribuída do que atualmente. O monopólio da Suprema Corte acerca do que seja o direito constitucional faz com que as opiniões emitidas fora dela não tenham qualquer validade, a não ser que a própria Corte as adote. (TUSHNET, 2005)

Para demonstrar seu ponto de vista, Tushnet introduz uma distinção entre o que ele chama de “constituição grossa” (*thick constitution*) e “constituição delgada” (*thin constitution*). Aquela seria composta por provisões detalhadas acerca da organização do governo que, apesar de importantes, são indiferentes ao público, e, conseqüentemente, não costumam gerar controvérsias populares. Esta, por sua vez, é composta pelas garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade, conteúdo este que está previsto especialmente na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição. (TUSHNET, 2008, p. 09).

A questão enfrentada por Tushnet é a de como esta Constituição é interpretada fora dos Tribunais Federais, em especial, em comparação com a habilidade do Congresso Nacional em realizar tal interpretação. E sua conclusão é que, embora os parlamentares não raciocinem da mesma maneira que os juízes, eles também atuam na direção de promover o significado dos valores constitucionais, ainda que sem o estilo formal característico do mundo jurídico (TUSHNET, 2008).

### 3 O ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SEUS MÚLTIPLOS SENTIDOS

O fenômeno da judicialização da política e seu desacordo central está no ponto determinado quase sempre em quem deve ter autoridade para determinar que decisões que foram tomadas por meio do processo democrático, por representantes eleitos, podem ser questionadas, alteradas, suprimidas ou mesmo vetada sua aplicação, sem atingir o sistema de freios e contra pesos, portanto violando em tese valores substantivos protegidos por cláusulas constitucionais. Duas posições normativas muito bem sedimentadas e articuladas são apresentadas na defesa de uma distinta concepção de autoridade política e jurídica. Uma delas é articulada por (MENDES, 2008) em sua obra *Controle de Constitucionalidade e Democracia* e a outra é apresentada pelo grupo de autores coordenado por (VIANNA, 2002) que produziu diversos textos e pesquisas sobre o tema da judicialização e que apostam numa nova denominação "procedimentalização do direito" que torna mais específica a definição da mudança que analisam e que significa ampliação do judiciário como mais uma arena pública decisória de acesso do cidadão à agenda das instituições políticas.

Assim, vamos focalizar em duas frentes a concepção adotada pelos doutrinadores a primeira apresenta um repertório de análises sobre o fenômeno da judicialização da política, destacando as apropriações dissonantes em torno dele. Na segunda vamos busca focalizar o tema em torno das concepções normativas distintas de autoridade que estão implicadas no processo de relação entre direito e política.

Já se tornou topos ordinário afirmar que a expressão judicialização passou a compor o repertório das ciências sociais e do direito a partir da famosa obra *The Global Expansion of Judicial Power*, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), publicada no último quartel do século XX, nos Estados Unidos. Trata-se de obra de referência que analisou a crescente expansão do poder judiciário naquele país e em diversas partes do mundo.

Tate e Vallinder (1995) definem a judicialização da política como:

*judges making public policies that previously had been made or that, in the opinion of most, ought to be made by legislative and executive officials..."*

Ainda segundo Vallinder, a judicialização da política significa "either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is. the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper." (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13).<sup>5</sup>

Assim, para Tate & Vallinder (1995), a judicialização da política possuiria pelo menos duas dimensões que não necessariamente precisam atuar conjuntamente para que o fenômeno seja verificado. A primeira dimensão é de que por judicialização deve se entender "o processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais". O que, simplificada, alguns autores chamam de capacidade do Judiciário de intervir em políticas públicas. (OLIVEIRA, 2005, p. 559)

A segunda dimensão menciona a difusão de processos decisórios jurídicos e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas, onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes.

Acredito ter razão Eisenberg (2002), quando afirma que nas duas dimensões há um processo de distinção genético, pois a primeira refere-se ao alargamento da discricionariedade judicial e ao protagonismo (chamado também "ativismo") do Poder Judiciário que se exteriorizam no processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis pelo sistema judicial, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e Legislativo para os juízes e tribunais. E a segunda refere-se ao processo de "Tribunalização da Política", onde não há transferência de poder e sim a assimilação do discurso procedimental jurídico para o Executivo e o Legislativo. Assim, acredito que já podemos redimensionar o sentido de "Judicialização da Política" e distingui-lo da ideia de "Tribunalização da Política". Segundo Luhmann (1995), enquanto o direito é um princípio de seleção estrutural, a exploração de perspectivas conflitivas no sentido de formar e reproduzir expectativas comportamentais generalizadas, a política explora conflitos para formar e reproduzir decisões vinculantes. Falar, portanto, de

---

<sup>5</sup>Juízes que fazem as políticas públicas que já haviam sido feitas, ou que, na opinião da maioria, deve ser feita por funcionários legislativos e executivos... "Ainda Segundo Vallinder, a judicialização da POLÍTICA significa" qualquer um (1) a ampliação da província dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e / ou dos administradores, o que é. "A transferência do poder de decisão da legislatura, o gabinete ou o serviço civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) a disseminação da decisão judicial métodos de tomada de fora da província judicial adequada." (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13)

uma judicialização da política significa dizer que o judiciário está explorando conflitos no sentido de formar e reproduzir decisões vinculantes. Falar de tribunalização da política, por outro lado, significa dizer que o Executivo e o Legislativo, em vez de formarem e produzirem decisões voltam suas atenções à produção de comportamentos esperados.

Feita essa primeira distinção, para fins desta monografia, nos importa agora entender quais são os elementos presentes nesse primeiro sentido do fenômeno da judicialização da política que não se confunde com a ideia de tribunalização da política acima mencionada apresentado por Tate & Vallinder (1995).

Diversos autores destacam os seguintes elementos como indícios do fenômeno da judicialização da política:

- a) o exercício pelo Poder Judiciário de atribuições que não são tipicamente suas;
- b) independência do Poder Judiciário a ponto de agir contra os outros poderes;
- c) as decisões judiciais que passam a ter também força normativa, antes exclusividade do legislador;
- d) a abertura hermenêutica do direito que invalida o argumento de que os juízes são neutros, imparciais e, portanto, mecânicos aplicadores da lei;
- e) a apreciação das "questões políticas" pelo Poder Judiciário;
- f) a judicialização dos conflitos sociais (isto é. a apreciação pelo Poder Judiciário de lides sobre interesses coletivos, difusos e individuais massificados);
- g) o efeito normativo das decisões judiciais; e
- h) a posição dos tribunais constitucionais como controladores dos atos dos outros poderes.

Mas será que tais indícios apontados como sintomas do fenômeno da judicialização são mesmo decorrentes dele? Ou de outro fenômeno que denominamos de Controle de Constitucionalidade? Mendes (2008) faz arguta observação quando afirma que a soberania popular nas democracias modernas reservou ao judiciário papel fundamental de promoção de direitos e de resolução de conflitos e uma de suas funções primárias estabelecidas desde o Estado de Direito é a de controlar o poder político. Assim, não é novidade que o poder judiciário deva

ser capaz de domesticar o exercício rotineiro da atividade política. Desta forma, para que o fenômeno da judicialização da política contenha algo de conceitualmente novo e especial, não poderia significar apenas o controle político pelo Judiciário.

Tal afirmação deve ser analisada com maior acuidade se lembrarmos que, com o advento das constituições dirigentes e a imposição de metas sociais ao legislador e ao administrador, essa interferência e controle judicial ganham maior complexidade. Lembremos que a constituição dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política. De acordo com sua proposta, a concretização das "imposições constitucionais" (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação como da direção política. A questão das "imposições constitucionais" não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição.

No Brasil, tal "fuga" cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativa partidária) para dentro do mundo do direito e deste para dentro dos órgãos judiciários não parece ter sido um resultado imprevisto do novo arranjo constitucional (1988). Ao revés, parece ter sido um resultado previsível e talvez desejado por esse mesmo arranjo, na medida em que, para além de traduzir o compromisso de democracia social para dentro do léxico do direito, o texto constitucional promulgado em 1988 também cuidou de criar novos mecanismos de tutela judicial capazes de viabilizar a "implementação dos direitos" e "princípios" de transformação social incorporados à nova carta.

A Constituição de 1988 também teve um papel fundamental no redesenho da política tradicional, isto é, não judiciária, no contexto nacional, outorgando enormes poderes de agenda à chefia do executivo (DIAS, 2003). Por sua vez, esse expressivo aumento no poder de determinação da política partidária por parte do executivo parece ter contribuído, lateralmente, para a construção de um ambiente institucional apto a atribuir aos órgãos judiciários uma espécie de "competência de controle" do novo e fortalecido executivo, transformando esses órgãos em um importante fórum de contestação de políticas públicas e projetos de governo, em uma espécie de "segunda instância deliberativa", que passou a ser largamente utilizada tanto pela sociedade civil quanto pelos partidos de oposição.

Tais mudanças institucionais previstas na carta constitucional produziram, de acordo com Veríssimo (2008), o surgimento de um judiciário ativista que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais).

Assim, voltamos a nos perguntar se os indícios apontados acima como "sintomáticos" do processo de judicialização da política não são na verdade, exterioridade do fenômeno de controle de constitucionalidade dentro de uma estrutura institucional e normativa do constitucionalismo dirigente que implica necessariamente num ativismo político das estruturas judiciais.

Aqui o ponto de inflexão é importante para a definição do fenômeno da judicialização. Porque ele vai depender das causas apontadas para o surgimento dos tais indícios já repetidamente citados.

Se considerarmos que tais indícios resultam do advento do Estado Social e de Bem-Estar que, por sua vez, geram inflação legislativa e a positivação dos direitos sociais e direitos à promoção de benefícios sociais pelo Estado que, associados à modernização periférica brasileira, causam o que Teubner (2001) chama de trilema regulatório gerando crise que se manifesta na perda de autonomia do sistema jurídico e na insuficiência hermenêutica dos paradigmas tradicionais do direito, estou diante do que Araújo (2004, p. 36) chama de "juridificação da política". Aqui a Constituição de 1988 é interpretada como uma Carta que procurou inserir o Brasil no *Welfare State*, mas sem sucesso, pois de um lado há muitos direitos, inclusive considerados fundamentais e, por outro, não há aplicação desses direitos (FARIA. 2008).

Mas, se considerarmos como causa dos indícios um processo de sofisticação do processo político de representação causado pelo déficit de democratização na formação da vontade, que proporcionou um novo espaço de exercício da soberania popular inscrito no que Rosanvallon (2000, p. 13) chamou de "representação complexa" e no que Vianna (2002, p. 338) aponta como "procedimentalização democrática do Direito", estaríamos segundo Araújo (2004, p. 37), diante, finalmente, do fenômeno da "judicialização da política". Aqui a

Constituição de 1988 é interpretada como uma Constituição que cumpre um roteiro civilizatório da democracia no Brasil.

Vale ressaltar que, mais do que uma distinção terminológica, trata-se de uma diferença qualitativa na interpretação normativa da república e da democracia brasileira. Assim, o conceito de "judicialização da política" e o de "juridificação" são resultados de diferentes abordagens normativas do papel do judiciário no Brasil.

### **3.1 "Juridificação da Política"**

Como mencionamos acima, para aqueles que apostam num fenômeno crescente de "juridificação da política", há certo elo perdido na modernização das sociedades como a brasileira, pois supostamente ainda nem resolvemos os problemas relativos ao estágio de formalização e procedimentalização do direito e já sofremos as crises de juridificação às formas de gestão do Estado de Bem-Estar Social (FARIA, 1988).

De acordo com Faria (1988), por exemplo, tal cenário configura-se como uma verdadeira crise "hamletiana", em que o direito deve escolher entre se adaptar às novas condições, independentemente do viés formalista dos legisladores, ou permanecer fiel ao seu papel formal, perdendo assim toda a capacidade de exercer sua função de guardião da igualdade e das liberdades iguais, e de provedor de segurança e certeza nas transações sociais.

Tal diagnóstico é descendente direto das teorias de modernização e supõe a ausência de nossa modernidade jurídica em face da incompletude de nosso formalismo adicionado à brusca rematerialização do nosso direito, ambos derivados do modelo de Bem Estar Social gestado no constitucionalismo dirigente de 1988.

Segundo tal perspectiva, a "explosão legal" observada nas últimas décadas é remetida pela literatura especializada ao Estado de bem-estar social que lançou mão do Direito como instrumento para implementar prestações sociais. A proliferação de legislação casuística e especial, a materialização do direito e a regulação estatal dos mais variados setores da vida social têm por consequência o tal "trilema regulatório" do Direito Contemporâneo. Segundo Teubner (2001), o direito do Estado-Providência tem limites intrínsecos, sob pena de sucumbir a três hipóteses de fracasso regulatório: a ineficiência da lei decorrente da mútua indiferença entre direito e sociedade, o aprisionamento da sociedade pela lei,

ameaçando sua autoprodução, e a desintegração do sistema jurídico pela hipersocialização do direito.

Assim, tal "juridificação" oriunda da configuração do Estado de Bem Estar social provoca a instrumentalização do sistema jurídico pelo sistema político. (FARIA, 1999) Segundo tal perspectiva, a associação entre o fortalecimento do poder judiciário e a inflação legislativa contém um paradoxo: se a inflação legislativa tem por consequência a ineficácia da lei, produz indiretamente o enfraquecimento dos "aplicadores do Direito", quais sejam os juízes.

Trata-se de um fosso revelado pela crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação praeter legem com a finalidade de fazer valer os direitos sociais mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza. Há o aumento dos direitos no papel, mas no momento da aplicação dos mesmos, encontramos juízes formalistas e inacessibilidade da justiça.

A extensão e a regularidade dessas violações dos direitos consagrados pela Constituição são reveladoras da ineficiência do Judiciário como aplicador e fiscalizador do império da lei. Tal ineficácia judicial conduz a uma crise de legitimidade do judiciário que, associada ao sentimento de vitimização e à percepção de impunidade social, cria condições de anomia sob as quais se esgarçam a eficácia das leis, sua expressão moral e a legitimidade do poder institucionalizado.

Assim, o judiciário não se mostra capaz de universalizar a aplicação dos mais elementares direitos humanos e sociais, gerando pouca civilidade no maior estrato populacional da sociedade. Ao invés de cumprir sua função de aumento de certeza e segurança jurídicas, a juridificação (hipertrofia legislativa e judicial) resolve-se num esvaziamento da eficácia da própria lei.

Tal hipertrofia legislativa é reflexo de um Estado que desempenha múltiplas funções e de uma sociedade crescentemente diferenciada e fragmentada. Os "novos" atores sociais e a burocracia estatal correm sempre atrás da proteção jurídica para seus interesses materiais.

Certamente, as consequências dessa situação para o juiz são polêmicas: amplia-se o espaço de argumentação e fundamentação da sentença judicial, mas em contrapartida, elevam-se as possibilidades de decisões divergentes, frustrantes e fraudadoras da propalada "garantia das expectativas pelo judiciário".

Tanto Offe (1986) quanto Luhmann (1986) mencionam a diminuição do grau de precisão das normas e o rebaixamento da pretensão de coerência do ordenamento como a fórmula de superação do conflito entre legalidade e eficiência.

O sistema legal sofre pressões do sistema político às voltas com o problema da "inclusão". O canal é uma via de mão dupla, donde a crise na separação de poderes representa uma pressão do sistema legal, experimentando a "explosão legal" e o "ativismo judicial" sobre o sistema político. O reequilíbrio sistêmico da sociedade hiperdiferenciada depende de uma reordenação funcional destes subsistemas sociais, o político e o jurídico.

Assim, uma das consequências mais desastrosas da "juridificação da política" é uma "crise da separação dos poderes". Muito especificamente nos casos de revisão constitucional, os atos do legislativo e do executivo estão submetidos à "decisão em última instância", que cabe ao Poder Judiciário.

Além disso, a possibilidade de fundamentar a decisão judicial em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, na centralidade ética dos direitos fundamentais ou na equidade, também provoca um alargamento da "discricionariedade do poder judiciário", vindo este a atuar como um "legislador implícito". Evidencia-se, portanto, um reordenamento institucional do Estado em que as funções típicas dos poderes são abaladas e penetradas por outras instituições. Se, em nome da Constituição, o Poder Judiciário destarte "fiscaliza" os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, este último é atingido diretamente em sua tradicional função de concentrar o poder de editar normas, cujo fundamento de validade se assenta no procedimento democrático de escolha dos "representantes do povo". A "juridificação da política" diz respeito, portanto, ao questionamento da soberania "encarnada" exclusivamente no parlamento, à efetividade do instituto da representação na consecução da vontade da maioria e, mais genericamente, à organização democrática do sistema político.

E é essa, como já havíamos mencionado, a questão central que deve ser debatida: afinal, quem deve ter autoridade para determinar que decisões tomadas por meio do processo democrático por representantes eleitos, portanto violam valores substantivos protegidos por cláusulas constitucionais e, por isso, deveriam ser revistas ou mesmo invalidadas?

Segundo Mendes (2008), a discussão está balizada em torno do desacordo moral e da autoridade.

### 3.2 Desacordo Moral e Autoridade

O ideário liberal, fruto das revoluções do século XVIII, criou a concepção de Democracia Constitucional; tal ideia tentou conciliar tendências aparentemente inconciliáveis à de Soberania Popular e à de Supremacia da Constituição. Duas revoluções foram responsáveis por essa tarefa: a norte-americana, de 1776, e a francesa, de 1789 (FIORAVANTI, 1999).

Assim, segundo Fioravanti (1999), a modernidade política ocidental, a partir da Revolução Francesa, oscilou sob um pêndulo estrutural. Num dos extremos de seu eixo, posiciona-se a soberania popular. Noutro, a Constituição.

O poder constituinte tentou combiná-los. A primeira revolução culminou na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Documento resultante de um mítico poder constituinte acomodou, de forma original, os princípios democrático e constitucional e engendrou uma poderosa combinação (dualismo constitucional). Fundada sobre o poder constituinte do povo americano, uma vez posta em vigor, delimitou o raio de atuação do poder político (VILHENA, 1999).

O constitucionalismo liberal norte-americano apresentou, pela primeira vez na história ocidental, uma alternativa viável para uma república democrática em unidades políticas de vastas dimensões. A ideia central, tal como se apresenta, é que o exercício do poder soberano (ou o "governo dos homens), quem quer que o exerça, deve ser submetido a leis fixas e preestabelecidas (ou o "governo das leis"). Sem esse componente do governo das leis, o poder soberano, mesmo quando depositado nas mãos de um demos de cidadãos e seus representantes, pode se tornar opressivo (VILHENA, 1999, p. 62).

Uma forma de dar expressão a essa ideia encontra-se na Constituição de 1787 dos Estados Unidos, não no texto original da Constituição, propriamente, mas nas dez emendas que lhe foram subsequentemente adicionadas e que incorporaram ao texto constitucional uma Carta de Direitos. A mais célebre delas, a Primeira Emenda, estabelece que o Congresso não deverá aprovar qualquer lei que diga respeito à imposição de religião, ou à proibição do livre exercício de qualquer das religiões; que cerceie a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou que cerceie a liberdade que as pessoas têm de se reunir de forma pacífica e de pleitear a reparação de injustiças à autoridade pública" (FIORAVANTI, 1999). Essa formulação

exprime, com toda clareza, o espírito do constitucionalismo: o poder soberano e, em particular, a autoridade legislativa investida em representantes eleitos estão submetidos a certos valores substantivos que são protegidos pela Constituição.

O caso Francês teve muitas diferenças (FIORAVANTI, 1999). Para romper com o antigo regime, não podia conceber o soberano apenas como origem e fundamento da Constituição. O povo soberano, titular do poder constituinte, deveria manter o regime revolucionário permanente, sem jamais renunciar à faculdade de reformar a Constituição quando bem entendesse. O poder constituinte, nesse contexto, recebeu traços distintos do americano. Assim, muito embora a Constituição limitasse os poderes constituídos, ela não poderia, como nos Estados Unidos, circunscrever o próprio poder constituinte, representação máxima da soberania popular.

Na transição para o século XIX (FIORAVANTI, 1999), começam as reações ao processo revolucionário e ao assombro da soberania popular ilimitada. A revolução francesa foi o prisma a partir do qual os acontecimentos políticos posteriores passaram a ser enxergados. Foi acusada de movimento desprovido de raízes históricas e culturais, inaugurador de uma nova forma de despotismo, com um poder indefinido e ilimitado das massas.

O século XIX é o período da Constituição contra a soberania popular. Particularmente influente foi a Constituição da Restauração da França, em 1814. Enfeixando-o dentro das raias constitucionais, reelaborou o conceito de soberania popular. Essa passa a existir somente como expressão da vontade geral, fundamento da lei genérica e abstrata, não como uma soma de vontades particulares (FIORAVANTI, 1999).

Nos EUA, nesta mesma época, o legislador passou a sofrer mais um condicionante: o controle jurisdicional de constitucionalidade. Novamente, alçando-se à posição de instituição revisora dos atos parlamentares, em vista da missão de preservar a Constituição como *Supreme Law of the Land*, a Suprema Corte americana deu um salto dentro do equilíbrio de forças daquele sistema constitucional. Em um caso julgado em 1803 (*Marbury vs. Madison*), a Suprema Corte arrogou a si própria a prerrogativa (que passou a ser denominada judicial review) de examinar a constitucionalidade de leis que tivessem sido aprovadas, mesmo que de forma procedimentalmente correta, por representantes eleitos pelo povo.

A suposição da Corte para se arrogar essa prerrogativa naquele momento foi precisamente aquela que Mendes (2008) considera problemática: a de que, se a Constituição protege certos valores substantivos no caso, a Carta de Direitos incorporada nas dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, então a autoridade final para decidir sobre a constitucionalidade das decisões legislativas deveria ser investida no órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Essa suposição, para Mendes (2008, p. 33) é uma "cortina de fumaça" que se converteu em sabedoria convencional na teoria constitucional, que não se presta nem para entender o que essa prerrogativa de controle jurisdicional de constitucionalidade (revisão judicial) de fato tem sido nesses mais de 200 anos que se seguiram ao caso, nem para orientar o debate normativo sobre o que ela deveria ser.

O que esse arranjo institucional assegurou não foi a Supremacia da Constituição de certos valores substantivos sobre a tomada de decisões por meio do processo democrático, mas sim a supremacia da Corte sobre o legislativo ou a supremacia da interpretação que a Corte faz da Constituição.

O que se trata quando se discute a instituição da revisão judicial não é a possibilidade de haver conflito entre substância (um padrão de justiça expresso em cláusulas constitucionais) e procedimento decisório (o processo democrático), sendo, por isso, necessário que este último seja restringido por aquela; o que está em questão, de fato, é a prevalência, em decisões políticas que envolvem valores constitucionais, da autoridade de juízes sobre a autoridade de legisladores eleitos pelos cidadãos. Por que supor, quando há um conflito dessa natureza, que a autoridade final deva caber aos juízes? Por que supor, em particular, que os juízes estejam em melhor posição do que representantes eleitos para fazer julgamentos corretos sobre a conformidade de decisões políticas à moralidade política expressa na Constituição?

Segundo Mendes (2008), esses dois problemas são confundidos quando se supõe que os valores constitucionais só poderão ser adequadamente protegidos se uma estrutura específica de autoridade for adotada: se a autoridade final, para determinar o quanto decisões políticas tomadas por meio do processo democrático estão ou não em conformidade com aqueles valores, for depositada nas mãos dos juízes.

A forma que a autoridade deve se estruturar constitui um tipo de problema, e em que medida suas decisões finais se conformarão a um critério de justiça, reconhecido em cláusulas constitucionais, trata-se de outro.

Devemos, então, colocar "em xeque" a "sabedoria convencional" de que o controle jurisdicional da Constitucionalidade é um desdobramento institucional necessário da ideia central do constitucionalismo, segundo a qual as decisões políticas democráticas devem estar sujeitas ao critério substantivo de justiça reconhecido pela Constituição.

Esse questionamento tem um grande interesse para a discussão pública e acadêmica pertinente à temática no Brasil, já que, potencialmente pelo menos, as prerrogativas de controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal vão muito além daquelas que são exercidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, li isso não decorre tanto da Constituição de 1988, incluir "cláusulas pétreas", isto é, cláusulas que não podem ser alteradas nem mesmo pelos procedimentos previstos para a aprovação de emendas constitucionais pelo Congresso Nacional. Isso decorre muito mais do entendimento de que as prerrogativas do Supremo abrangem o julgamento da Constitucionalidade não somente "de lei ou alô normativo federal ou estadual", como estabelece a Constituição em seu art. 102, inciso I, mas também de emendas constitucionais. A instituição do controle jurisdicional de Constitucionalidade, no caso brasileiro, ao que parece, não se limita a decisões políticas ordinárias, que estão mais sujeitas aos humores cambiantes de maiorias políticas ocasionais que eventualmente podem ceder, como diz Madison no Federalista n° 10, a "algum impulso comum, de paixão ou de interesse, adverso aos direitos dos demais cidadãos" estendendo-se também a decisões políticas que exigem a formação de "supermaiorias". Sobretudo no caso brasileiro, em que os requisitos procedimentais para aprovação das emendas constitucionais são exigentes aprovação por maioria de três quintos nas duas casas do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, é difícil considerar que as emendas aprovadas reflitam os anseios de maiorias ocasionais.

Ademais se levarmos em consideração que o controle de Constitucionalidade no Brasil pode ser exercido também em relação aos atos do poder constituinte reformador. Trata-se de um entendimento que foi adotado pelo próprio Supremo em uma decisão de 1993, considerando inconstitucional a Emenda Constitucional n° 3, de 1° de março de 1993, que instituía o Imposto Provisório sobre

Movimentação Financeira. O importante nessa decisão, como observou Vieira (1999) em um estudo sobre a temática, não foi seu objeto substantivo (a criação da IPMF), mas sim o fato de o Supremo ter se arrogado a prerrogativa de controlar a Constitucionalidade de emendas constitucionais. Considerando-se o grau de detalhamento da Constituição de 1988 e o caráter aberto de muitas das cláusulas constitucionais, o potencial de ativismo judicial aberto por essa decisão de 1993 é muito grande. Praticamente não há questão pública relevante que não envolva alguma alteração da Constituição e que, por isso, não acabe sendo decidida, não por autoridades eleitas, e sim, pelos juízes do Supremo.

Há justificações teóricas para o exercício do controle judicial de Constitucionalidade? Sim, vários. Um dos mais sofisticados e ambiciosos é o formulado por Dworkin: a de que o tribunal, por ser um "fórum de princípio", estaria mais apto do que a legislatura para garantir os direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente.

Para Dworkin (2001) é absurdo falar do caráter antidemocrático da revisão judicial, pois a democracia não se constitui somente como vontade da maioria e nem só representação. A democracia possui um caráter comunal, onde cada membro se sente parte de uma comunidade e assume responsabilidades por suas decisões coletivas. É isso que significa "governo pelo povo". Logo, a democracia não é mero procedimento, requer uma substância, condições democráticas para o seu exercício, tal substância que Dworkin vai denominar de igual consideração e respeito é a credencial que assegura ao cidadão a filiação moral.

Assim, a democracia tem dois planos. O plano do princípio que proporciona as condições democráticas para a filiação moral, aqui, são os argumentos que tratam de justificar decisões políticas que envolvem direitos que os indivíduos têm sob a Constituição. Decisões políticas majoritárias que violam esses direitos, mesmo que pudessem contribuir para o bem-estar social, devem ser rejeitadas. De acordo com a formulação de Dworkin (2001, p. 21), direitos são "trunfos" que os indivíduos têm contra decisões políticas que objetivam fomentar o bem estar do maior número. Já no plano majoritário, onde são empregados os argumentos de *policy*, as decisões políticas que, apesar de beneficiarem (ou de prejudicarem) indivíduos ou grupos de uma forma diferenciada, não exigem nenhuma justificação moral especial além daquela de que tal decisão tenha sido

tomada por meio de um processo decisório equitativo o processo representativo majoritário, no caso. A legislatura pode decidir essas questões de acordo com o entendimento que a maioria de seus membros tem sobre que decisão melhor corresponde ao interesse público.

Para Dworkin (2005), a política deve estar subordinada ao império do direito, do princípio, da integridade. Deve respeitar não apenas o direito posto, legislado, como também suas premissas morais. E qual o espaço adequado para a defesa de tal integridade? Segundo Dworkin (2005), os juizes seriam um veículo institucional mais adequado para carregar e impor a dimensão do princípio às decisões políticas. Não que o legislador também não tenha a obrigação de ser guardião dos princípios, tanto que deve assumir a responsabilidade de não produzir decisões inconstitucionais. Mas o ambiente legislativo, pela sua própria natureza (locus majoritário), não seria o ideal para questões de escolha de princípios.

A Corte, para Dworkin (2005, p. 54), não é somente uma agencia de revisão, unia instância recursal. Ela é o fórum do princípio, dotada de dignidade e estatura diferenciadas. Decide sobre os pressupostos materiais da democracia, sem os quais o processo majoritário perde legitimidade. A Corte é a instância da democracia comunal, que age em nome de um ente coletivo chamado "povo", independente de suas distinções em grupos de interesse; a função da corte é garantir as condições de imposição para que todos sejam tratados com igual consideração e respeito.

Dworkin afirma que não é todo o exercício do poder político que deve ser transferido aos juizes e sim um pequeno núcleo moral intangível de garantia para o exercício das condições democráticas, assim não há nenhuma razão para pensar que a transferência de decisões sobre direitos para os tribunais retardará o ideal democrático de igualdade por poder político, pelo contrário, tal transferência significa a promoção desse ideal (DWORKIN, 2001).

Num autêntico fórum do princípio, não há necessidade de representação no sentido tradicional. Ali não se debatem vontades individuais dos eleitores, mas a concepção de comunidade. Há uma representatividade comunal e não estatística. Não importam as classes ou setores sociais, mas a concepção abstrata de indivíduo como membro moral de uma comunidade (DWORKIN, 2000).

Daí o fato de os juizes não serem eleitos ser o que menos importa, pois os juizes não são representantes de segmentos da população, representantes no

sentido individualista. São representantes desse ente supraindividual, que é a comunidade política livre, que se autogoverna. São responsáveis por permitir que cada membro desta comunidade política sinta-se tratado com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2000).

Tal teoria jurídica reserva ao direito uma função bem ambiciosa na regulação social. Alça o juiz à posição de protetor dos princípios e não um mero aplicador de regras, com a responsabilidade de inserir a dimensão do princípio na esfera pública, conferindo densidade moral às decisões políticas. Para Dworkin, o direito não pode ser confundido com a força ou com a autoridade. A cultura jurídica compromete-se com a incansável, permanente e perpétua busca do melhor argumento de princípio, pois este fica acima de considerações de barganha, de custo e benefício. A corte tem essa responsabilidade: perseguir as respostas certas.

Assim, Dworkin pede que o juiz tome a decisão correta, independente dos resultados concretos que ela vai gerar. Não importando se a Corte falhar. As falhas acontecem tanto pelo legislador quanto pelo juiz, importa, antes, o compromisso, atitude, não a resposta. O fórum do princípio, para que se proteja da batalha da vida cotidiana, compromete-se com a disciplina do argumento.

Numa democracia, é interessante que haja uma instituição assim, comprometida com o princípio e cobrada por isso. A Corte não se legitima somente quando acerta, mas sempre que explicitamente tenta fazê-lo. A essência da integridade constitucional é a atitude hercúlea de encontrar o melhor argumento, que desafia e vence todos os outros, não o consenso sobre a decisão verdadeira num caso concreto. Mesmo que errem, esse ambiente seria louvável (DWORKIN, 2000).

Dessa forma, para Dworkin, a transferência de decisões políticas para o judiciário não é em si uma atitude democrática ou antidemocrática. Só será uma coisa ou outra coisa se o judiciário se constituir, em cada decisão, num espaço de defesa das condições democráticas. A qual o mesmo responde como sendo, quando o judiciário, através de argumentos morais corretos, traduz o ideal democrático de tratar os cidadãos com igual consideração e respeito às decisões jurídico-políticas.

Segundo Mendes (2008, p. 97), podemos aceitar todo o argumento teórico democrático de Dworkin e ainda assim recusar a suposição de que os tribunais estejam mais dispostos do que a legislatura para funcionar como "fóruns de princípio".

Segundo Jeremy Waldron (2001), afirma que deveríamos distinguir de forma mais clara a teoria da justiça que podemos considerar mais correta que, no contexto da presente discussão, levamos em conta somente na medida em que possa ser empregada para interpretar cláusulas constitucionais e a teoria da autoridade legítima.

Como quer que concebamos esta última, e qualquer que seja o arranjo de Constituição Democrática adotado com ou sem controle jurisdicional de constitucionalidade, não podemos nunca estar certos de que os resultados políticos produzidos por esse arranjo serão justos de acordo com o padrão de justiça explícita ou implicitamente afirmado pela Carta de Direitos do texto constitucional. E esse é um problema que se apresenta tanto para os tribunais quanto para a legislatura. Assumir uma divisão de trabalho segundo a qual caberia à legislatura tomar decisões sobre questões de *policy* que envolvem negociação de interesses e cálculos políticos e ao tribunal, as decisões tomadas com base em argumentos de princípio não parece uma resposta apropriada para esse problema.

De uma parte, não há nenhuma garantia de que essa divisão do trabalho constitui, de fato, a forma mais efetiva de assegurar que as decisões políticas, quando a matéria em discussão o exigir, sejam guiadas pelos valores substantivos protegidos pela Constituição; de outra, isso implica e retorça unia visão depreciada da legislatura como sendo incapaz de levar em conta, em suas deliberações, argumentos de justiça.

Segundo Waldron (2001), o desacordo não é mero detalhe que possa ser sanado por deliberação racional qualificada: é a característica persistente da política contemporânea. Dada à inevitabilidade do desacordo, uma teoria da justiça e dos direitos deve ser complementada por uma teoria da autoridade. Uma vez que pessoas discordam sobre o que a justiça requer e quais direitos temos, precisamos perguntar: quem deve ter poder para tomar decisões?

Saber o que conta como uma boa decisão é uma questão que não desaparece no momento em que respondemos à questão "Quem decide?". Pelo contrário, a função de uma teoria da justiça e dos direitos é aconselhar seja lá quem for identificado (pela teoria da autoridade) como a pessoa para tomar a decisão (WALDRON, 2001, p.55).

De acordo com Waldron (2001), não há instituição que resolva o desacordo, mas apenas instituição que decide com autoridade. Juristas abordam o

direito como se eles estivessem acima do desacordo, num plano diferente do Direito, num plano solene do princípio constitucional. Palavras de ordem como "tirania da maioria" distorceriam o debate.

O "desconforto com a democracia" seria o "pequeno segredo sujo" (*dirty little secret*) da teoria do direito contemporânea (WALDRON, 1993, p. 32). Não só pelas instituições antimajoritárias, mas também pela falha em desenvolver modos de pensar o direito entendido como criação, como propriedade de um povo livre e democrático.

A teoria jurídica, segundo Waldron (1993), não tem contribuído para a compreensão da legislação. Esta permaneceria marginalizada no âmbito das cogitações teóricas sobre o direito. Haveria uma intoxicação com as cortes e pouco esforço em imaginar uma teoria do direito que se acomode à democracia.

Não é porque perdi no foro majoritário que necessariamente estou sendo tiranizado. O fato da decisão majoritária não corresponder à minha opinião não viola minha liberdade. Discordâncias são naturais na democracia.

Costuma-se propugnar a revisão judicial da legislação em nome dos direitos individuais. Direitos, no entanto, são questões sensíveis sobre as quais discordamos. Waldron (1993) vê na legislação o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção. Por este motivo, constituiria um foro mais adequado para decisões sobre direitos.

As cortes são também um fórum para tomada de decisões sociais em circunstâncias de desacordo. Não são necessariamente as vozes mais representativas ou mais respeitadas na comunidade. Com essa consciência, consegue-se um melhor entendimento do direito e do constitucionalismo do que se montarmos uma teoria da justiça na suposição de que no fim os membros de uma comunidade chegarão a um acordo em questões de princípio. Para Waldron (1999, p.98): "Pessoas acreditam ser vergonhoso que um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando decisões por maioria, tenha a última palavra em matéria de direitos e princípios".

Tal pensamento parece propor que as cortes, com suas cerimônias e seu relativo isolamento da política partidária, são um lugar mais apropriado para esses assuntos.

Há uma sensação na filosofia jurídica de que a legislação carece de uma dignidade que geralmente associamos ao termo Direito. Essa palavra honorífica "direito" não poderia se confundir com a legislação. Seria mais um receio de comprometer tudo o que é tido como um atraente anonimato do Direito, sua neutralidade e independência em relação à política. Juristas se sentiriam mais confortáveis com a produção do Direito por órgãos que negam que estejam criando Direito (juízes) do que por órgãos que anunciam, agressivamente, que é a intenção deles (legisladores). Parte da autoridade e da legitimidade do sistema jurídico adviria da sensação de estarmos sujeitos ao governo das leis, não dos homens.

O que está por trás da revisão judicial é um receio em relação à outra fonte do Direito, aquela dotada de maior fragor democrático, o Legislativo. Nesse vigoraria o império da maioria. Naquele, o império do direito e do princípio. O regime político democrático, para que não desvaneça, além de tomar suas decisões ordinárias, precisa proteger seus ideais constitutivos. Essa função mais nobre seria exercida pela corte. Aquela, pelo Parlamento. Este não goza de confiança suficiente para que lhe atribuam à função de proteger direitos.

A arbitrariedade da decisão majoritária no Parlamento é citada como meio de reforçar a legitimidade da revisão judicial. Ao final, essa é a estratégia para os opositores do majoritarismo. As cortes também seriam invariavelmente corpos com muitos membros que discordam. E também decidem por voto majoritário. Waldron (1999) procura mostrar que a diferença entre a legislação e a decisão da Corte é de representação, não de método decisório.

A base mais equitativa para proceder, numa situação de desacordo, é dada pela decisão majoritária. Uma escolha coletiva deve ser feita, a despeito do desacordo, entre opções propostas pelos indivíduos. Não há um repositório de conhecimento super-humano que sirva de base para a decisão correta e verdadeira. Apesar de a opção poder estar errada, tudo o que temos são visões individuais a respeito. O método da decisão majoritária tenta dar a cada indivíduo o maior peso possível, compatível com o peso igual de todos. A visão do indivíduo torna-se minimamente decisiva. O método majoritário alberga máxima decisividade para cada membro, sujeito apenas ao constrangimento da igualdade.

Waldron (1999, p. 265) se opõe a esta forma de descrever a revisão judicial: "protege direitos" ou "assegura o conteúdo de justiça da democracia".

A questão, segundo ele, é de procedimento, não de substância. Defende que a abordagem mais sincera e correta da revisão judicial é a procedimental. Não há arranjo político que necessariamente produza decisões justas.

O poder político soberano não pode ser impugnado pelo conteúdo. Ele se define procedimentalmente. Supremacia da Constituição é um nonsense, porque a supremacia não se define pelo apontamento de restrições substantivas, mas pelo procedimento, pela indicação da autoridade que deve decidir. Há supremacia do Tribunal constitucional, não da Constituição. Não se deve descrever o controle de constitucionalidade de maneira idealista, pois ele não tem como assegurar a proteção da Constituição ou dos direitos. Simplesmente decide por último. E sob esse enfoque que deveríamos perguntar: e a democracia?

O ponto é esse: seja qual for o poder soberano, ele deve ser definido procedimentalmente. Não pode ser cerceado por limites substantivos. Não haveria nada de ofensivo nos limites substantivos. A razão é que, fora da especificação procedimental de um soberano, as pessoas vão discordar sobre o significado do bem e do mal, do certo e do errado.

O adversário desse argumento é uma corrente bastante ruidosa e bem sucedida no discurso constitucional. Essa corrente critica a posição de que a revisão judicial seria antidemocrática. Diz que isso é trivialmente verdade se definirmos democracia somente como regra da maioria. A questão, mais uma vez, é de procedimento. Não há uma maneira de desenhar um procedimento político que garantiria uma decisão justa. Decisões substantivamente injustas são resultados sempre possíveis, mesmo quando oriundas do melhor e mais justo procedimento. Waldron (2001) enfatiza que essa objeção também se aplica à revisão judicial.

Não apenas a revisão judicial é para ser entendida em termos puramente procedimentais, mas também deve ser compreendida em termos de procedimento majoritário.

Em lugar de falar impessoalmente sobre "a dificuldade contramajoritária", devemos distinguir entre a Corte decidindo por maioria, e muitos e muitos homens e mulheres comuns decidindo por maioria. Se fizermos isso, nós veremos ainda que a questão "Quem deve participar?" sempre tem prioridade sobre a questão "Como eles decidem quando discordam?"

A Suprema Corte não seria, para Waldron (2001), uma instituição contramajoritária. Ao contrário, toma todas as suas decisões por maioria, ou seja,

com base na maioria simples. Além disso, apesar de os juízes apoiarem suas decisões em longos arrazoados, a qualidade da decisão não tem impacto nenhum no peso de seu voto. Não vale mais por ter feito uma pesquisa erudita, por ter um argumento coerente; será somente mais um voto a ser somado aos outros.

Alguns poderiam dizer que "o *Bill of Rights* opera como uma restrição substantiva", ou ainda, "a declaração de direitos impõe os limites à revisão judicial e qualquer decisão estatal". A resposta, para Waldron (1993), seria Sim e Não. Sim no sentido de que os juízes certamente se referem ao *Bill of Rights* quando decidem. E assim também os legisladores e eleitores. Não no seguinte sentido: se nove juízes tomam uma posição em alguma questão constitucional, sua visão prevalece, esteja ela de acordo ou não com o *Bill of Rights*. O que decidirem está decidido. Juízes erram. Nem por isso, podemos desobedecê-los. Esta descrição procedimental é isenta, não faz menção a metas substantivas (WALDRON, 1993).

Questões de direitos fundamentais não são imunes ao desacordo moral e político. Numa sociedade, tão relevante quanto produzir uma boa decisão é a eficácia de uma única decisão, mesmo que individualmente não concordemos com ela.

Como vimos, há justificações teóricas para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, como o apresentado por Dworkin, de que as cortes se constituem em "fóruns de princípio". Vimos também que tal formulação é contestada por Waldron e Mendes com base no fato de que também nas cortes a decisão é fundada num desacordo moral que se resolve por procedimentos majoritários.

Para outra vertente normativa, formulada pelos professores Vianna, Burgos e Carvalho, a judicialização da política não é meramente um controle judicial de constitucionalidade (essa é uma das suas modalidades), pois tal fenômeno é visto como resultado de um processo de democratização social que amplia progressivamente o espaço de articulação entre o público e o privado, abrindo para os cidadãos novos lugares de representação da sua vontade. Assim, a judicialização da política representa uma espécie de cidadania jurídica e de participação popular através do direito.

#### 4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL LEGITIMIDADE UNIÃO DA MORAL E DIREITO

As proposições de direito estão sujeitas, como qualquer texto, à interpretação, sem a qual resta impossível definir qual é a norma de conduta a ser seguida por seus destinatários. Mesmo um texto que apresente, de forma detalhada, regras de conduta precisas (como uma norma penal incriminadora) não conduz, obviamente, a uma interpretação determinada sobre todas as condutas possíveis (MACCORMICK, 1987) Especialmente quando estamos tratando da interpretação judicial do texto constitucional, a opção pelo melhor argumento interpretativo se mostra crucial. Com esse sentido, autores como John Brigham sustentam, por exemplo, que direito é linguagem e a linguagem somente é passível de interpretação a partir da análise das práticas da comunidade. (BRIGHAM, 1978) Com esse sentido, o estudo comportamental da atividade dos juizes explicaria o processo interpretativo de uma maneira muito mais eficiente do que qualquer teorização sobre o tema. Não é esta a minha opção, pois considero que as diversas correntes doutrinárias sobre a interpretação judicial condicionam as práticas mais do que por elas são condicionadas. A escolha específica da interpretação feita pelos juizes e não pelos membros do Congresso, por exemplo não se dá ao acaso. A opção deriva de dois fatos que se revelam de máxima importância na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais das minorias. Em primeiro lugar, temos o fato de que a Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu standards de revisão judicial que auxiliam na interpretação da Constituição. A escolha da forma de interpretação geralmente conduz a um determinado resultado e, bem por isso, as formas de interpretação dos juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos são tão importantes. Se de um escrutínio estrito decorre uma postura ativista e, contrariamente, a adoção do teste da base racional (rational basis) resulta em deferência para com os ramos políticos do governo, é evidente que a forma de interpretação deve ser enfatizada. Boa parte da doutrina constitucional norte americana teoriza a partir de decisões adotadas pela Suprema Corte ao longo de sua história. O discurso judicial ao contrário do Brasil tem muito valor, até porque as cláusulas abertas e vagas da Constituição norte-americana são o terreno ideal para a criatividade de seus juizes. Se a jurisprudência é a arte da distinção, certamente que os juizes norte-americanos

têm se destacado nesta área. Em segundo lugar, temos o fato de que os juizes não tiram sua legitimidade das eleições. Muito pelo contrário, boa parte de seu tempo é destinado a invalidar atos estatais que decorrem da vontade de membros eleitos do governo. A legitimidade dos juizes é, portanto, um tema que se encontra estritamente conectado com a interpretação judicial. A racionalidade do discurso judicial é uma demanda popular persistente na democracia. (ORTEGA, 1998). Assim, a consistência da interpretação judicial contribui decisivamente para sua legitimidade, o que torna o fenômeno da interpretação judicial um exemplo único de competência política autoreferente. Os juizes resolvem que devem decidir porque a sua interpretação das disposições constitucionais é qualitativamente superior segundo eles a dos demais ramos do governo. Por meio da interpretação constitucional descobrem a real extensão de sua competência política e, somente com base nessa competência política, estão autorizados a interpretar, em caráter final, a Constituição. (APPIO, 2008)

Ao optar por uma Constituição escrita, os cidadãos dos Estados Unidos romperam com uma importante tradição do constitucionalismo britânico. No sistema da *common law*, documentos escritos contendo regras e princípios que direcionam a conduta dos membros da comunidade são uma exceção. A Constituição escrita norte-americana demandava, ao tempo de sua edição, um poder judiciário federal que garantisse o vigor de suas disposições, impondo limites aos políticos. A interpretação de suas cláusulas é uma atividade aberta à comunidade de intérpretes. Contudo, somente a Suprema Corte dos Estados Unidos tem a função constitucional de proteger a Constituição. Bem por isso, fala-se que a Suprema Corte deve ser o intérprete supremo e autorizado da Constituição, querendo enfatizar que a interpretação judicial não está condicionada a obter resultados políticos, mas, antes, destinada a restringir a vontade das maiorias. A interpretação judicial é, por excelência, qualitativamente superior à interpretação dos demais ramos do governo. Com esse sentido, a ambição maior dos juizes da Suprema Corte consiste em proteger a Constituição, interpretando-a de maneira a preservar sua integridade principiológica. (APPIO, 2008)

Todavia, sempre oportuno lembrar, como faz Adrian Vermeule, que as teorias da interpretação judicial pecam ao ainda considerar o juiz como um artesão que cria o direito por meio de sua singular interpretação, em vez de unidade que funciona dentro de uma burocracia estatal que produz resultados heterogêneos e,

em muitos dos casos, inconsistentes com o todo. A interpretação judicial é um fenômeno coletivo e não uma ação unitária, a partir da qual se possa definir qual é a melhor forma de interpretação na produção de um determinado resultado. (VERMUELE, 2005) Os procedimentalistas, por exemplo, pretendem fortalecer a democracia, enquanto os substancialistas miram nos resultados substantivos. Em ambos os casos, partem da premissa de um Judiciário como uma unidade interpretativa, e não como um fenômeno coletivo. Ao demandar que os Tribunais adotem uma interpretação unitária, de modo a influenciar no comportamento dos demais ramos do governo, a doutrina abdica de uma análise crítica que exponha aquilo que o autor denomina de falácia da divisão, ou seja, a doutrina.

A interpretação feita pelos demais ramos políticos do governo, ao contrário da judicial, busca atingir resultados, mesmo que para tanto tenha de restringir, além de um limite razoável, o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos a ponto de, em alguns casos, suprimi-los por completo. (APPIO, 2008)

#### **4.1 Argumentos de Interpretação segundo Neil Maccormick**

Tradicionalmente, são consideradas três modalidades principais de interpretação judicial, ou seja, a linguística (textual), a sistêmica (contextual) e a teleológico-valorativa (também chamada de conseqüentalista) (MACCORMICK, 2005, p.124). No primeiro caso, buscam-se objetividade e acurácia, ou seja, parte-se do pressuposto de que é possível extrair uma ontológica verdade objetiva do texto. (DWORKIN, 1987). Se boa parte das razões para a existência de um sistema legal deriva do objetivo estatal de controlar os conflitos sociais e interpessoais, então um argumento de linguística procura na objetividade e certeza atingir estes objetivos. No segundo tipo (ou argumento) de interpretação, a sistêmica, MacCormick refere que a interpretação se dá a partir da perspectiva de que sempre existe um contexto dentro do qual a lei será interpretada (GADAMER, 1999). Assim, a parte somente faz sentido no contexto com o todo, e o todo é a lei como um elemento do sistema legal por inteiro (MACCORMICK, 2005). Busca-se, portanto, coerência. Finalmente, no caso da interpretação teleológica-valorativa, o juiz deve considerar a atividade legislativa como uma atividade racional e ideologicamente orientada. Pretende-se, nesse caso, justiça, a partir de uma concepção prática de matriz aristotélica. Assim,

a partir desta última concepção, o juiz-intérprete deve rejeitar uma interpretação que conduza a resultados que considera, por exemplo, injustos, já que as leis tradicionalmente são promulgadas para promover um valor social relevante. Essa posição não referenda a corrente "realista" do *Critical Legal Studies (CLS)*, a qual rejeita uma capacidade judicial de descobrir a correção intrínseca de sua interpretação. Muito pelo contrário, em vez de deslocar, de modo precoce, o foco exclusivo das análises acadêmicas para a forma de recrutamento e dispensa dos juizes, bem como seu comportamento quando nas Cortes (abordagem sociológica), opta-se por pesquisar de que maneira o discurso judicial pode ser racionalizado, a partir de um dever de consistência. Para a CLS (*Critical Legal Studies*) o constitucionalismo é impossível, muito embora seja indispensável para prevenir a opressão governamental, já que temos um governo de homens e não um governo de leis (TUSHNET, 1988). Todos estes argumentos e formas de interpretação podem estar envolvidos na discussão de uma mesma causa em juízo. O autor pode pretender que o juiz interprete a lei, objeto do litígio, a partir de um argumento teleológico-valorativo, enquanto o réu acredita que o melhor argumento é o sistêmico ou mesmo o linguístico (literal). O juiz terá de escolher o melhor argumento para a interpretação. Geralmente, como recorda MacCormick, os intérpretes seguem (ou acreditam que seguem) uma sequência lógica. Assim, iniciam seu percurso interpretativo pelo argumento linguístico (literal) e depois partem para uma abordagem sistêmica. Somente quando, após vencidas estas duas "etapas da interpretação", não encontrar uma resposta plausível com o sistema no qual a lei se encontra inserida é que, finalmente, busca-se adotar uma interpretação teleológico-valorativa. Para Neil MacCormick, essa sequência expressa um equívoco, visto que o intérprete deverá escolher um argumento pelo qual, no caso do argumento teleológico-valorativo, poderá aferir, desde o início, se a interpretação conduzirá a resultados desastrosos (MACCORMICK, 2005). Cita como exemplo os casos em que um juiz interpreta uma lei de tal modo que produz consequências injustas, mesmo tendo adotado como referência princípios legais de justiça ou ainda quando atinge objetivos diversos dos preconizados pela legislação. Bem por isso, a interpretação judicial demanda o que denomina de "coerência normativa diacrônica", ou seja, a capacidade de reproduzir decisões consideradas justas, a partir de padrões já fixados anteriormente em outros precedentes e que foram uma unidade narrativa coerente. (MACCORMICK, 2005, p.236)

#### 4.2 O Ativismo Judicial volta à Suprema Corte: uma interpretação de resultados

Em 1954 surgiu diante da Suprema Corte Norte Americana o caso mais importante dos últimos anos na história recente daquela Corte, o caso *Brown versus Board of Education* é um caso paradigmático porque envolve a mais significativa questão moral dos Estados Unidos, qual seja a discriminação racial contra negros.

As diferenças entre os Estados do Sul e do Norte dos Estados Unidos se acentuaram a partir da Guerra Civil norte-americana, e o fim da escravidão, declarado por Lincoln durante a guerra, parecia um elemento indispensável na formação de um novo país. O que se viu nos anos subsequentes ao fim da Guerra Civil norte-americana foi a grande resistência de alguns dos Estados do Sul por exemplo, o *Mississippi* em fazer cumprir as diretivas do governo federal que determinavam o fim da escravidão. Com esse sentido, alguns Estados do Sul criaram os chamados *black codes*, por meio dos quais reconheciam o fim da escravidão, mas negavam aos homens negros livres determinados direitos inerentes à cidadania.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, que em *Dred Scott v. Sanford* (1856) já havia decidido que os negros não eram considerados cidadãos norte-americanos, reafirmou um princípio discriminatório quarenta anos depois, quando em *Plessy V. Ferguson* (1896) decidiu que a cláusula da igual proteção (equal protection) não era violada com a segregação em locais públicos, a partir da doutrina do "separados, mas iguais".

Já haviam transcorrido cinquenta e oito anos quando a Suprema Corte se inclinou em favor de uma doutrina que punha fim à segregação nas escolas públicas estaduais dos Estados Unidos, revogando o precedente fixado em *Plessy*. Nesse meio tempo, aconteceram duas guerras mundiais, bem como o início da Guerra Fria com a União Soviética, sendo certo que a segregação racial se constituía em um item obrigatório de qualquer crítica aos Estados Unidos naquela época. O caso *Brown* era importante do ponto de vista moral, já que, até então, a segregação racial havia aumentado nos Estados a partir da decisão da Corte em *Plessy*. Uma Suprema Corte que havia jurado proteger a Constituição dos Estados Unidos, a qual continha a cláusula da igual proteção, não poderia deixar de apreciar a segregação nas escolas.

Muito embora a questão tenha sido essencialmente de natureza moral, a partir do dever do Estado de tratar todos os cidadãos com igual consideração e respeito, a Suprema Corte optou por uma abordagem pragmática, debatendo de que maneira a segregação nas escolas infligia um dano à estrutura psicológica das crianças negras.

O caso também era importante porque diretamente relacionado com a política externa norte-americana, com especial ênfase na Guerra Fria. Um país que havia saído da Segunda Guerra Mundial como o defensor da liberdade e o combatente da discriminação infligida contra os judeus não poderia aceitar a discriminação racial em seu próprio solo. Com esse argumento, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ainda em 1948, durante o governo Truman, enfatizava que: “[...] a segregação racial minava a estatura da América como líder mundial”, bem como “o impacto que a segregação racial tinha na política externa”.

Muito embora, ainda em dezembro de 1952, a Corte estivesse dividida, (DEVINS, 1988) com o Chief Justice Vinson à sua frente, pouco mais de um ano depois, já sob a orientação de Warren, tomou uma decisão unânime contra o fim da segregação racial nas escolas, projetando efeitos em todos os demais níveis de segregação em espaços públicos. O caso Brown também se revelava especialmente importante do ponto de vista institucional da Corte, visto que, poucos anos antes, havia declarado no caso *Korematsu* que os cidadãos norte-americanos descendentes de japoneses poderiam ser confinados, independentemente do perigo real que representavam para os demais cidadãos daquele país.

Especialmente a partir da decisão da Suprema Corte no caso Brown, um argumento específico de interpretação judicial passou a ser considerado com grande atenção. O ativismo judicial passou a ser visto como uma ferramenta indispensável para o bom funcionamento da máquina democrática, dado que promovia, em curto espaço de tempo, mudanças estruturais na sociedade que o Congresso já não conseguia mais produzir. A Suprema Corte passou a buscar resultados que considerava substancialmente justos, muito embora a decisão no caso Brown se ampare em outros fundamentos, tais como o da não aplicação técnica do *precedente Plessy* no tocante às escolas públicas estaduais ou mesmo o dano psicológico causado às crianças negras por conta do regime de segregação racial. Os erros cometidos durante a Era Lochner pareciam ser coisa do passado e o futuro se mostrava como um promissor projeto de uma democracia que Ronald Dworkin

chama de coparticipativa (DWORKIN, 1998). A credibilidade política conquistada a partir do caso Brown em 1954 e sua efetiva implementação nos anos subsequentes autorizaram a Suprema Corte a ampliar os direitos das minorias, iniciando por densificar a proteção da liberdade (prevista na Emenda 14), concretizando direitos decorrentes do respeito à privacidade do cidadão por parte do Estado. Tudo parecia ir bem até Roe v. Wade. Então, já em 1973, a Suprema Corte tomou uma decisão que para muitos foi um erro histórico, colocando frente a frente originalistas e não-originalistas.

#### **4.3 As Diversas Correntes da Interpretação Constitucional: legitimidade e justiça.**

As teorias que buscam justificar a intervenção judicial assumem como seu principal objetivo discutir a legitimidade política, e não a justiça das decisões. Assim (para essas correntes) a melhor interpretação constitucional é aquela que reforça a legitimidade dos juizes, não importando os resultados ou mesmo a justiça das decisões. Ao enfatizarem a importância da interpretação constitucional, acabam debatendo a legitimidade dos juizes e não a justiça das decisões. Aceitar a legitimidade nos permite descartar a justiça ou, alternativamente, somente protegendo valores essenciais para a moralidade pública é possível aceitar o resultado das decisões tomadas por juizes não-eleitos pela população? (APPIO, 2008)

O Jurista Eduardo Appio descreveu de forma sintética, o debate envolvendo diversas correntes doutrinárias nos Estados Unidos acerca da legitimidade dos juizes e da justiça de suas decisões. As dicotomias entre aqueles que apoiavam a teoria dos originalista e não originalistas e textualistas e não-textualistas foi explorada para melhor compreender as distinções existentes, aceverando que há diversos pontos de intersecção entre essas diversas correntes. Assim, destacou que interpretativistas e originalistas têm em comum um grande apreço pela força persuasiva de dados históricos, enquanto não-originalistas e substancialistas comungam o entendimento de que a interpretação deve estar focada em valores contemporâneos. Superada a dicotomia entre sujeito e objeto, graças ao empreendimento da hermenêutica de matriz filosófica, (GADAMER, 2000) é amplamente aceito que o objeto (texto constitucional) depende de seu intérprete

que, por sua vez, irá construir um sentido para a norma. Desse modo, o juiz constitucional, mais do que revelar uma verdade intrínseca, constrói uma realidade a partir de sua própria experiência e da tradição. A tradição tem um papel singularmente destacado na doutrina norte-americana, graças ao sistema do *stare decisis* e à origem no sistema da *common law*. (APPIO, 2008)

Bem por isso, autores como Ronald Dworkin enfatizam a importância de uma interpretação ampla do direito, a partir da qual asseguram que é possível evitar uma interpretação arbitrária dos juizes. (DWORKIN, 2002) Muito embora não se possa conceber a interpretação judicial como um fenômeno unitário, mas apenas a obra coletiva de diversos juizes com suas inconsistências e contradições, sustento que por meio dos princípios é possível alcançar soluções equitativas entre casos semelhantes. (VERMEULE, 2005)

O estudo da interpretação judicial das leis e da Constituição é indispensável para a democracia. Todas as propostas argumentativas sobre qual seria a melhor abordagem interpretativa de um texto comungam de um sentimento comum de profundo respeito pelos princípios democráticos. Com esse sentido, as chamadas teorias realistas ou exclusivamente críticas também compartilham de um idêntico nihilismo constitucional (WARREN, 1945). Ao rejeitarem a possibilidade de se alcançar alguma resposta mediante a interpretação do direito seja porque a linguagem não é um veículo adequado ou mesmo porque os mecanismos psicológicos condicionam a ação do sujeito/intérprete, renunciam a qualquer teoria interpretativa, fazendo uma opção clara pelos estudos estritamente empíricos. (GERHARDT, 2005) Não existem dúvidas de que a partir de uma tradição de deferência e respeito pelas decisões judiciais os juizes poderiam decidir conforme suas próprias vontades e desejos. Todavia, o império da força bruta não pode buscar na Constituição os seus fundamentos. O realismo sustenta que um governo de juizes pode ser um bom governo. Um governo de juizes é um mau governo, seja porque não detém legitimidade democrática, mas principalmente porque não se pode conceber a completa ausência de equilíbrio entre os poderes, a qual seria inevitável ante a fusão do *judicial review* com a função legislativa. (APPIO, 2008)

#### 4.4 O Debate entre Originalistas e Não-Originalistas

A atividade judicial no Brasil tem sido considerada o exercício de um poder estatal que retira sua legitimidade diretamente da Constituição Federal. Ao contrário dos demais Poderes da República Legislativo e Executivo, os juizes, como membros de um Poder dotado de autonomia e independência funcional, sustentam que seus "mandatos vitalícios" foram outorgados pelo constituinte de 1988. Trazendo para junto de si uma legitimidade originária, de status constitucional, os juizes acreditam que estaria superado um impasse estratégico no tocante à sua própria legitimidade, o que significa dizer, acerca da extensão de sua competência legal. Aquilo que Gargarella recorda como a "dificuldade contramajoritária", (GARGARELLA, 1996), tema de incessante debate nos Estados Unidos e em alguns países da Europa Ocidental, aqui no Brasil só raramente é recuperado pela doutrina. Autores como Marinoni, (MARINONI, 2010), que colocam a tônica no dever de motivação das decisões judiciais como fator de legitimação do juiz em um sistema de equilíbrio entre os poderes, têm abordado o assunto a partir de uma perspectiva constitucional. Os Tribunais não costumam tratar desse delicado tema, o qual acabou se convertendo em verdadeiro tabu.

Alguns doutrinadores tais como Eduardo Appio, acredita a discussão acerca da legitimidade dos juizes brasileiros na sociedade contemporânea pode ser enriquecido a partir desse outro debate recorrente na doutrina norte-americana e, por isso, minha opção em buscar subsídios doutrinários em outro país que tem uma importante tradição constitucional. Não obstante a diversidade de culturas jurídicas uma vez que nos Estados Unidos (e na Inglaterra) o sistema judiciário prevalente é o da *common law*, ou seja, um direito que surge a partir de uma cultura precedentalista nos Tribunais, sustento que existem elementos comuns a todos os sistemas democráticos. Esses elementos podem ser divididos em duas categorias:

- (i) Princípios comuns de unidade interna, dos quais se pode mencionar a independência do Poder Judiciário, do ponto de vista administrativo e funcional,
- (ii) Princípios comuns de unidade externa, entre os quais relevo a competência para controlar a constitucionalidade das leis e concretizar os direitos fundamentais.

Esta última competência, por óbvio, demanda e pressupõe a observância dos princípios que protegem a independência dos órgãos do Poder Judiciário. A

importância do tema (legitimidade judicial) no Brasil deriva do fato de que um sistema político democrático pressupõe o exercício legítimo de poder estatal.

Como recorda Willian Harris II (1999):

[...] o que faz um sistema constitucional de governo diferente dos demais é a necessidade que as decisões públicas provenham de forma autoconsciente a partir de dois níveis, focando simultaneamente, mas separadamente, sobre questões de o que devemos fazer? e o que nós somos? como pessoas políticas. No primeiro nível, nós calculamos as escolhas sobre políticas. No segundo, nós interpretamos os valores fundamentais.(HARRIS, 1999, p.119.)

O império da força cede espaço ao império da lei (e da Constituição) a partir do momento em que as instituições públicas passam a debater a sua própria legitimidade. A legitimidade para o exercício do poder estatal pressupõe que a democracia é, essencialmente, um projeto de natureza inclusiva, com forte cariz cooperativo. Quando falo de um projeto de natureza inclusiva, quero deixar clara minha adesão a dois princípios enfocados por Ronald Dworkin em várias de suas obras recentes, tais como *A virtude soberana* e *Justice in Robes*. Ronald Dworkin, uma das figuras exponenciais do meio acadêmico norte-americano, sustenta que o princípio democrático demanda a efetiva inclusão de todos os membros da comunidade e que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. (DWORKIN, 2002).

## 5 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. (MORAES, 2011)

Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais (MIRANDA, 1990), porém, o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as Fundamental Orders of Connecticut de 1639), integram-no, desde logo, em nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados.

O Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, destacado por ser fundamental à organização e ao funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política. Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.

Jorge Miranda (2000) define o Direito Constitucional como:

[...] a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza. (MIRANDA, 2000, p.13-14)

Como produto legislativo máximo do Direito Constitucional, encontramos a própria Constituição, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direcção para o futuro (CANOTILHO, 1994).

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

### **5.1 Direitos Humanos Fundamentais – Finalidades**

Na visão ocidental de democracia, governos pelo povo e limitação de poder estão indissoluvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos humanos fundamentais, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-sub-jectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993. p. 541)

Como sintetiza Miguel Ángel Ekmekdjian, o homem, para poder viver em companhia de outros homens, deve ceder parte de sua liberdade primitiva que

possibilitará a vida em sociedade. Essas parcelas de liberdades individuais cedidas por seus membros, ao ingressar em uma sociedade, se unificam, transformando-se em poder, o qual é exercido por representantes do grupo. Dessa forma, o poder e a liberdade são fenômenos sociais contraditórios, que tendem a anular-se reciprocamente, merecendo por parte do direito uma regulamentação, de forma a impedir tanto a anarquia quanto a arbitrariedade. Nesse contexto, portanto, surge a Constituição Federal, que, além de organizar a forma de Estado e os poderes que exercerão as funções estatais, igualmente consagra os direitos fundamentais a serem exercidos pelos indivíduos, principalmente contra eventuais ilegalidades e arbitrariedades do próprio Estado. (EKMEKDJIAN, 1993)

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

Como ressaltado por Afonso Arinos de Mello Franco,

[...] não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a ideia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o Cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há Direito (FRANCO, 1958, p. 188).

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático. Como bem salientou o Min. Marco Aurélio,

[...] reafirme-se a crença no Direito; reafirme-se o entendimento de que, sendo uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade" (STF - 2ª T - HC nº 74639-0/RJ - rei. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, 31-10-1996).

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.

## 5.2 Interpretação das Normas Constitucionais - Aplicação aos Direitos Humanos Fundamentais

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a encontrar-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.

Como definido por Vicente Ráo,

[...] A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação a interpretação, por meio de regras e processos especiais procura realizar praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam (RÁO, 1952, p. 542).

A palavra intérprete, adverte Fernando Coelho, tem origem latina - *interpres*, que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas.

[...]Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, de que deriva para a palavra 'interpretar' o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência" (COELHO, 1981. p. 182).

Peter Häberle salienta que:

[...] a questão essencial sobre a interpretação constitucional é a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional", apontando como sendo essas tarefas e objetivos a (...) justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade, justiça material, segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, harmonização, força normativa da Constituição, correção funcional,

proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum" (HÄBERLE, 1997. p. 11).

No mesmo sentido, Roberto Berizonce aponta a necessidade de uma interpretação constitucional, em especial em relação aos direitos humanos fundamentais, dinâmica e finalisticamente concorde com os reclamos mais latentes da comunidade (BERIZONCE, 1993).

Analisando a Constituição Federal, Raul Machado Horta aponta a precedência, em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República Federativa e a enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais, dizendo que:

[...] é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador, motivo pelo qual classifica-a de Constituição plástica (HORTA, 1995. p. 239-240).

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente através da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.

Canotilho (1991), ainda, enumera diversos princípios interpretativos das normas constitucionais:

- a- da unidade da Constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- b- do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- c- da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- d- da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

- e- da concordância prática ou da harmonização: exigem-se a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;
- f- da força normativa da Constituição: dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Canotilho aponta, ainda, a necessidade de delimitação do âmbito normativo de cada norma constitucional, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão (CANOTILHO, 1991).

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda (2000):

- a- a contradição dos princípios deve ser superada ou mediante a redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;
- b- deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade;
- c- os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicita quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-a a realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

### **5.3 Evolução Histórica dos Direitos Humanos Fundamentais.**

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família,

prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das ideias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.). Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra *Antígona* - 441 a.C, Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem). Contudo, foi o Direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das doze tábuas pode ser considerada origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

Posteriormente, a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana.

Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos, sempre com o mesmo traço básico: limitação do poder estatal. O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX.

Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, onde podemos citar a Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, nos informa que foi confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique W, uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI), a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 12-6-1701. (MIRANDA, 1990, p. 07 - 32)

A Magna Carta *Libertatum*, de 15-6-1215, entre outras garantias, previa: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção:

[...] A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator - item 20;

Previsão do devido processo legal:

[...] Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei dopais - item 39;

Livre acesso à Justiça :

[...] Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça - item 40;

Liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

A Petition of Right, de 1628, previa expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los. Previa, ainda, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.

O *Habeas Corpus Act*, de 1679, regulamentou esse instituto que, porém, já existia na *common law*. A lei previa que, por meio de reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime exceto se se tratar de traição ou felonía, assim declarada no mandado respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandado, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal, o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia

do mandado ou o certificado de que a cópia foi recusada, poderiam conceder providência de habeas corpus exceto se o próprio indivíduo tivesse negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação em benefício do preso, a qual será imediatamente executada perante o mesmo lorde chanceler ou o juiz; e, se afiançável, o indivíduo seria solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. Além de outras previsões complementares, o *Habeas Corpus Act* previa multa de 500 libras àquele que voltasse a prender, pelo mesmo fato, o indivíduo que tivesse obtido a ordem de soltura. (MIRANDA, 1990.)

A *Bill of Rights*, de 1689, decorrente da abdicação do rei Jaime II e outorgada pelo Príncipe de Orange, no dia 13 de fevereiro, significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações: fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento. Saliente-se, porém, que, apesar do avanço em termos de declaração de direitos, o *Bill of Rights* expressamente negava a liberdade e igualdade religiosa, ao prever em seu item IX:

[...] Que, considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar, possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder, autoridade ou jurisdição régia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o povo destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes.

O *Act of Settlement*, de 12-6-1701, basicamente, configurou-se em um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade item IV:

[...] E considerando que as leis de Inglaterra constituem direitos naturais do seu povo e que todos os reis e rainhas que subirem ao trono deste reino deverão governá-lo, em obediência às ditas leis, e que todos os seus

oficiais e ministros deverão servi-los também de acordo com as mesmas leis [...] e da responsabilização política dos agentes públicos, prevendo-se a possibilidade, inclusive, de impeachment de magistrados.

Posteriormente, e com idêntica importância, na evolução dos direitos humanos encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde podemos citar os históricos documentos: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16-6-1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 4-7-1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-9-1787. (MIRANDA, 1990. p. 191 - 232)

Na Declaração de Direitos de Virgínia, a Seção I já proclama o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Outros direitos humanos fundamentais foram expressamente previstos, tais quais, o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal de Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa:

[...] Só a razão e a convicção, não a força ou a violência, podem prescrever a religião e as obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; e, por conseguinte, todos os homens têm igualmente direito ao livre culto da religião, de acordo com os ditames da sua consciência - Seção XVI.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, documento de inigualável valor histórico e produzido basicamente por Thomas Jefferson, teve como tônica preponderante a limitação do poder estatal, como se percebe por algumas passagens:

[...] A história do atual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidos danos e usurpações, tendo todos por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os fatos a um cândido mundo: recusou assentimento a leis das mais salutares e necessárias ao bem público (...) Dissolveu Casas de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo (...) Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários. Tornou os juizes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários (...) Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior (...). (MORAES, 2011, p. 11)

Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791,

pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à França, quando, em 26-8-1789, a Assembleia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento. (MORAES, 2011)

A Constituição francesa de 3-9-1791 trouxe novas formas de controle do poder estatal, porém coube à Constituição francesa de 24-6-1793 uma melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais, cujo preâmbulo assim se manifestava:

[...] O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por consequência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão. (MIRANDA, 1990. p. 196)

Dentre outras previsões, foram consagrados os seguintes direitos humanos fundamentais: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos.

A maior efetivação dos direitos humanos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos a Constituição

espanhola de 19-3-1812 (Constituição de Cádiz), a Constituição portuguesa de 23-9-1822, a Constituição belga de 7-2-1831 e a Declaração francesa de 4-11-1848.

A Constituição de Cádiz previa, em seu Capítulo III, o princípio da legalidade, e, em seu art. 172, as restrições aos poderes do rei, consagrando dentre outros direitos humanos fundamentais: princípio do juiz natural, impossibilidade de tributos arbitrários, direito de propriedade, desapropriação mediante justa indenização, liberdade. Não obstante essas garantias, inexistia a liberdade religiosa, pois em seu art. 12 a citada Constituição estabelecia: A religião da Nação Espanhola é e será perpetuamente a católica apostólica romana, única verdadeira. A Nação protege-a com leis sábias e justas e proíbe o exercício de qualquer outra. (MORAES, 2011)

A Constituição portuguesa de 1822, grande marco de proclamação de direitos individuais, estabelecia já em seu Título I, Capítulo único, os direitos individuais dos portugueses, consagrando, dentre outros, os seguintes direitos: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, desapropriação somente mediante prévia e justa indenização, inviolabilidade de domicílio, livre comunicação de pensamentos, liberdade de imprensa, proporcionalidade entre delito e pena, reserva legal, proibição de penas cruéis ou infamantes, livre acesso aos cargos públicos, inviolabilidade da comunicação de correspondência.

Anote-se que a liberdade de imprensa era muito relativizada à época, como demonstra o art. 8º da citada Constituição portuguesa, que previa a possibilidade de censura dos escritos publicados sobre dogma e moral, a ser realizada pelos bispos.

A Constituição belga de 7-2-1831 também reservou um título autônomo para a consagração dos direitos dos belgas (Título II, arts. 42 a 24) que, além da consagração dos já tradicionais direitos individuais previstos na Constituição portuguesa, estabelecia a liberdade de culto religioso (arts. 14 e 15), direito de reunião e associação. (MORAES, 2011, p. 21)

A Declaração de Direitos da Constituição francesa de 4-11-1848 esboçou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais que seria, posteriormente, definitiva a partir dos diplomas constitucionais do século XX. Assim, além dos tradicionais direitos humanos, em seu art. 13 previa como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição a liberdade do trabalho e da indústria, a

família. Inovou também em termos de direitos e garantias específicos à juventude, proclamando a igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos, a proteção contra a exploração, o abandono moral, intelectual e físico (arts. 120 a 122). (MORAES, 2011, p. 28 - 46)

A liberdade de crença e culto foi consagrada pela Constituição de Weimar na Seção III, em seu art. 135, que expressamente afirmava: Todos os habitantes do Império gozam de plena liberdade de crença e consciência. O livre exercício da religião é garantido pela Constituição e está sob proteção do Estado.

A Seção IV dava grande importância às artes, às ciências e ao seu ensino, consagrando plena liberdade e incumbindo o Estado de protegê-las. Em relação à educação, o Estado deveria assegurar o princípio da escolaridade obrigatória e gratuita (arts. 145 e 146).

Por fim, a Seção V, além de consagrar direitos tradicionais como propriedade, sucessão e liberdade contratual, deu grande ênfase aos direitos socioeconômicos, prevendo a proteção especial do Império em relação ao trabalho (art. 157), a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida (art. 159), a obrigatoriedade de existência de tempo livre para os empregados e operários poderem exercer seus direitos cívicos e funções públicas gratuitas (art. 160), sistema de seguridade social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida (art. 161).

Além desses direitos sociais expressamente previstos, a Constituição de Weimar demonstrava forte espírito de defesa dos direitos sociais, ao proclamar que o império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais e que os operários e empregados seriam chamados a colaborar, em pé de igualdade, com os patrões na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, pelas próprias circunstâncias que idealizaram a Revolução de 1917, visava, como previsto em seu Capítulo II, suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e afazer triunfar o socialismo em todos os países. Com base nesses

preceitos, foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto (art. 1º).

Posteriormente, a Lei Fundamental Soviética de 10-7-1918 proclamou o princípio da igualdade, independentemente de raça ou nacionalidade (art. 22), determinando a prestação de assistência material e qualquer outra forma de apoio aos operários e aos camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade (art. 16).

Apesar desses direitos, a citada Lei Fundamental Soviética, em determinadas normas, avança em sentido oposto à evolução dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ao privar, em seu art. 23, os indivíduos e os grupos particulares dos direitos de que poderiam usar em detrimento dos interesses da revolução socialista, ou ainda ao centralizar a informação (art. 14) e a obrigatoriedade do trabalho (art. 14) com o princípio quem não trabalha não come (art. 18).

A Carta do Trabalho de 21-4-1927, apesar de impregnada fortemente pela doutrina do Estado fascista italiano, trouxe um grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, principalmente: liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais. (MORAES, 2011, p. 52 a 86)

#### **5.4 Evolução Histórica dos Direitos Humanos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**

A Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25-3-1824, previa em seu Título VIII - Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros extenso rol de direitos humanos fundamentais. O art. 179 possuía 35 incisos, consagrando direitos e garantias individuais, tais como: princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento,

impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do Juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário.

A existência de um rol onde os direitos humanos fundamentais fossem expressamente declarados foi novamente repetida pela 1ª Constituição republicana, de 24-2-1891, que em seu Título III - Seção II previa a Declaração de Direitos.

Além dos tradicionais direitos e garantias individuais que já haviam sido consagrados pela Constituição anterior, podemos destacar as seguintes previsões estabelecidas pelo art. 72: gratuidade do casamento civil, ensino leigo, direitos de reunião e associação, ampla defesa, §16 Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas, abolição das penas das galés e do banimento judicial, abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra, *habeas corpus*, propriedade de marcas de fábrica, Instituição do Júri. (MORAES, 2011, p. 102 - 196)

A tradição de as Constituições brasileiras preverem um capítulo sobre direitos e garantias foi mantida pela Constituição de 16-7-1934, que repetiu em seu art. 113 e seus 38 incisos o extenso rol de direitos humanos fundamentais, acrescentando: consagração do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; escusa de consciência, direitos do autor na reprodução de obras literárias, artísticas e científicas; irretroatividade da lei penal; impossibilidade de prisão civil por dívidas, multas ou custas; impossibilidade de concessão de extradição de estrangeiro em virtude de crimes políticos ou de opinião e impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro; assistência jurídica gratuita; mandado de segurança; ação popular (art. 113, inc. 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do património da União, dos Estados ou dos Municípios).

A Constituição de 10-11-1937, apesar das características políticas preponderantes à época, também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo 17 incisos em seu art. 122. Além da tradicional repetição dos direitos humanos fundamentais clássicos, trouxe como novidades constitucionais os seguintes preceitos: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares (inc. 13, alíneas a até f); criação de um Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

A Constituição de 18-9-1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título W, Capítulo II), estabeleceu em seu art. 157 diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados seguindo, pois, uma tendência da época. Além disso, previu títulos especiais para a proteção à família, educação e cultura (Título VI).

O art. 141 da referida Constituição passou a utilizar-se de nova redação, posteriormente seguida pelas demais Constituições, inclusive a atual. Assim, em seu caput proclamava: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]. Após essa enunciação, trazia um rol de 38 parágrafos com previsões específicas sobre os direitos e garantias individuais. Além das tradicionais previsões já constantes nas demais Constituições, podemos ressaltar as seguintes: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual; para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder; contraditório; sigilo das votações, plenitude de defesa e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri; reserva legal em relação a tributos; direito de certidão.

A Constituição de 24-1-1967 igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais e um artigo (158) prevendo direitos sociais aos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social. (MORAES, 2011)

Seguindo a tradição brasileira de enumeração exemplificativa, a redação do art. 150 muito se assemelhava à redação da Constituição anterior e trouxe como novidades: sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas; respeito à integridade

física e moral do detento e do presidiário; previsão de competência mínima para o Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida); previsão de regulamentação da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes seja mais favorável à lei nacional do *de cuius*.

A Emenda Constitucional na I, de 17-10-1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos humanos fundamentais.

### **5.5 Direitos Humanos Fundamentais: jusnaturalismo, positivismo e teoria moralista**

Inúmeras são as teorias desenvolvidas no sentido de justificar e esclarecer o fundamento dos direitos humanos, destacando-se, porém, a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria moralista ou de Perelman.

A teoria jusnaturalista fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens.

No item 1.1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, proclama-se que: “[...] os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos”.

A teoria positivista, diferentemente, fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular. Desta forma, somente seriam direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 10-12-1948, proclama a necessidade essencial dos direitos da pessoa humana serem: “[...] protegidos pelo império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Por sua vez, a teoria moralista ou de Perelman encontra a fundamentação dos direitos humanos fundamentais na própria experiência e consciência moral de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espritus razonables*.

A incomparável importância dos direitos humanos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes. Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistirem, pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista), é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista). O caminho inverso também é verdadeiro, pois o legislador ou os tribunais necessitam fundamentar o reconhecimento ou a própria criação de novos direitos humanos a partir de uma evolução de consciência social, baseada em fatores sociais, económicos, políticos e religiosos.

A necessidade de interligação dessas teorias para plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, conforme já visto, foi exposta no preâmbulo da Constituição francesa de 3-9-1791, quando se afirmou:

[...] O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis.

Dessa forma, é possível afirmar que a ciência dos direitos humanos transformou-se em verdadeira disciplina autónoma e interrelacionada com diversas outras disciplinas, tais como o Direito, a Filosofia, a Política, a História, a Sociologia, a Economia, a Medicina. (MORAES, 2011)

## **5.6 Conceito e Características dos Direitos Fundamentais**

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida

e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

A UNESCO, também definindo genericamente os direitos humanos fundamentais, considera-os por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para se estabelecerem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (UNESCO, 1978).

Pérez Luno apresenta-nos uma definição completa sobre os direitos fundamentais do homem, considerando-os um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (CASTRO; LUXO; TORRES, 1979).

José Castan Tobenas, por sua vez, define direitos humanos como aqueles direitos fundamentais da pessoa humana considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum (RÉUS, 1976).

Assim, inúmeros e diferenciados são os conceitos de direitos humanos fundamentais, no que concordamos com Tupinambá Nascimento, que, ao analisar esse conceito, afirma que não é fácil a definição de direitos humanos, concluindo que qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência (NASCIMENTO, 1997, p. 211), pois como aponta José Afonso da Silva, "a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso". Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, para após breve análise das diversas terminologias concluir que:

[...] direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 1997. p. 174 - 177).

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade:

- 1- imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;
- 2- inalienabilidade: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- 3- irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- 4- inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- 5- universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- 6- efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz como simples reconhecimento abstrato;

- 7- interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autónomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;
- 8- complementaridade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

### **5.7 Natureza Jurídica das Normas que Disciplinam os Direitos e Garantias Fundamentais**

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediatas. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º). Essa declaração pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (por exemplo, mandado de injunção e iniciativa popular).

### **5.8 Direitos Fundamentais e Garantias Institucionais**

Trata-se de clássica distinção da doutrina alemã, como lembra Canotilho, para a qual as garantias institucionais (Einrichtungsgarantien) compreendiam as garantias jurídico-públicas (Institutionelle Garantien) e as garantias jurídico-privadas (Institutsgarantie).

As garantias institucionais, apesar de muitas vezes virem consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, não seriam verdadeiros direitos atribuídos diretamente às pessoas, mas a determinadas instituições, que possuem sujeito e objeto diferenciados.

Assim, a maternidade, a família, a liberdade de imprensa, o funcionalismo público, os entes federativos são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais. Concluindo esse raciocínio, Canotilho afirma que "a protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do 'mínimo essencial' (núcleo essencial) das instituições" (ALMEDINA, 1993. p. 517).

### **5.9 Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 - Classificação**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao género direitos e garantias fundamentais:

a) direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5<sup>a</sup> e serão detalhadamente estudados nos comentários aos incisos do citado artigo;

b) direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6<sup>a</sup>;

c) direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um

componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos;

d) direitos políticos conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1<sup>a</sup>, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

e) direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.

Além da citada classificação constitucional dos direitos humanos fundamentais, a doutrina enumera inúmeras e diferentes classificações terminológicas sobre o tema, sem, contudo, apresentar diferenciações essenciais em relação ao seu tratamento.

Pimenta Bueno, analisando a Constituição do Império, apresentava-nos uma divisão tripartida dos direitos fundamentais em relação às pessoas: direitos naturais ou individuais, direitos civis e direitos políticos, para concluir afirmando que:

[...] os primeiros são filhos da natureza, pertencem ao homem porque é homem, porque é um ente racional e moral, são propriedades suas e não criaturas da lei positiva, são atributos, dádivas do Criador. Os segundos ou civis compreendem duas partes, uma que se compõe dos mesmos direitos individuais reconhecidos e garantidos pela lei civil, outra que resulta puramente das instituições e disposições cíveis de cada nacionalidade. Os terceiros ou políticos são filhos unicamente das leis ou constituições políticas, são criações das conveniências e condições destas, e não faculdades naturais. (BUENO, 1958, p. 379).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 100) sugere uma classificação que, relacionada ao objeto dos direitos fundamentais, seria dividida em: liberdades (poderes de fazer ou não fazer algo, por exemplo: liberdade de locomoção, direito de

greve), direitos de crédito (poderes de reclamar alguma coisa; seu objeto são contraprestações positivas, por exemplo: direito ao trabalho), direitos de situação (poderes de exigir um status, tendo como objeto uma situação preservada ou restabelecida, por exemplo: direito a um meio ambiente equilibrado, direito à paz) e direitos-garantia (poderes de exigir que não se façam determinadas coisas, por exemplo: direito a não sofrer censura).

O Direito Constitucional português, por exemplo, classifica os direitos humanos fundamentais em: direitos, liberdades e garantias pessoais; direitos, liberdades e garantias de participação política; direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; e direitos económicos, sociais e culturais.

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Como destaca Celso de Mello:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos económicos, sociais e culturais) que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF - Pleno - MS n<sup>o</sup> 22164/SP - rei. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206).

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta e desenvolvidos conforme já verificado em item anterior.

Referindo-se aos hoje chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos económicos, sociais e culturais, surgidos no início do século, Themístocles Brandão Cavalcanti analisou que:

[...] o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantido res da liberdade das nações e das normas da convivência

internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc. (CAVALCANTI, 1966, p. 202).

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso (VIGILAR, 1997).

Ressalte-se, a título de exemplo, o art. 19, § 8<sup>a</sup>, da Constituição Política da República do Chile, que inclui dentro do rol dos direitos constitucionais a seguinte previsão:

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.<sup>6</sup>

A Constituição da República da Coreia, de 12-7-1948, emendada em outubro de 1987, traz previsão semelhante, ao prever que todos os cidadãos terão direito a um meio ambiente saudável e agradável. Caberá ao Estado e a todos os cidadãos esforçarem-se para proteger o meio ambiente (art. 35-1).

Essa mesma previsão é feita pelo art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5-10-1988, que afirma:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (RTJ, 158/206).

---

<sup>6</sup> O direito de viver em um ambiente livre de poluição. É o Estado o dever de garantir que este direito não é afetado e proteger a Natureza preservação. A lei pode estabelecer restrições específicas ao exercício de certos direitos e liberdades para proteger o ambiente

Como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “[...] a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade” (FERREIRA FILHO, 1995. p. 57).

Note-se que Celso Lafer classifica esses mesmos direitos em quatro gerações, dizendo que os direitos de terceira e quarta gerações transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular, e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais (MELLO, 1988).

### **5.10 Relatividade dos Direitos Humanos Fundamentais**

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié (1993) afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que:

[...] toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Apontando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal afirma que um direito individual "não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas" (RT, 709/418). Da mesma maneira, diz o Superior Tribunal de Justiça que :

[...] está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas (6ª T. - RHC nº 2.777-0/RJ - rei. Min. Pedro Aciole - Ementário STJ, 08/721).

Ressalte-se, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdade individuais. Faz-se mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam "adequadas" e justificadas pelo interesse público e atendam "ao critério da razoabilidade". Em outros termos, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.

### 5.11 Garantia e Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais e Poder Judiciário

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como um poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois como afirma Sanches Viamonte (1999), sua função não consiste somente em administrar a Justiça, pura e simplesmente, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar os direitos humanos fundamentais e, mais especificamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais se tornariam vazios.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado de direito democrático sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, "a chave do Poder do Judiciário se acha no conceito de independência" (TAVARES, 1995. p. 87).

Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial (BANDRÉS, 1987).

Como bem salientou Marcelo Caetano (2001), é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da Constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder Federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania, razão maior da existência dos direitos humanos fundamentais.

Dessa forma, competirá ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito (CF, art. 52, XXXV).

Dentro dessa grave e importante missão constitucionalmente conferida ao Poder Judiciário, destaca-se o instrumento do controle de constitucionalidade, como garantia das mais eficazes para concretização do efetivo respeito aos direitos humanos fundamentais. Mauro Cappelletti, apontando a importância dos sistemas de justiça constitucional surgidos após a Segunda Grande Guerra, afirmou que esse foi um dos fenômenos de maior relevância na evolução de inúmeros países europeus (CAPPELLETI, 1984). Nessa mesma linha de raciocínio, Alessandra Pizzorusso (Tribunales. Op. cit. p. 238) e Klaus Shclaih (Tribunales. Op. cit. p. 134-

136) apontam como primordial finalidade do controle de constitucionalidade a proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade configura-se como verdadeira e primordial garantia de supremacia dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal, que, além de configurarem, conforme já analisado, limites ao poder do Estado, são também parcela da legitimação do próprio Estado determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em un Estado de direito.

### **5.12 O Poder Judiciário e a Defesa dos Direitos Fundamentais – a Interpretação Constitucional e o Ativismo Judicial**

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçada dos Poderes Legislativo e Executivo.

Principalmente, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme à Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, a partir da edição da Emenda Constitucional na 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte Suprema em verdadeiro legislador positivo, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo.

O ativismo judicial, expressão utilizada pela primeira vez em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., em artigo sobre a Corte Suprema dos EUA, no Direito brasileiro tornou-se, portanto, tema de extrema relevância, não só quanto à sua possibilidade, mas, principalmente, em relação aos seus limites, pois há muita

polêmica sobre a prática do ativismo judicial, inclusive no tocante à sua conceituação.

Ativismo judicial seria: “[...] uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juizes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores”. (cf. a respeito, Black's Law Dictionary)

Sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional?

Teríamos com o ativismo judicial, clara afronta à Separação de Poderes, com direta usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa, como por diversas vezes apontou o Juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados Unidos, para desqualificar essa prática (cf. voto vencido no caso *Romer v. Evans*, 1996); ou, verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais?

Não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luís Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um super-legislador, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria autocontenção (*judicial restraint*), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpando, inclusive, função legiferante (Elival da Silva Ramos)?

A história do ativismo judicial norte-americano mostra, em face de seu alto grau de subjetivismo, momentos diversos na defesa dos Direitos Fundamentais. Há, claramente, decisões ativistas alinhadas com o pensamento progressista, enquanto outras, com o mais radical conservadorismo.

Aponta-se, como a primeira decisão considerada como ativista, embora inexistisse a terminologia à época, o caso *Dred Scott*, de 1857, quando julgando uma lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem num território onde a escravidão tivesse sido anteriormente abolida, a Suprema Corte declarou-a inconstitucional, por ferir o direito de propriedade, protegido pela cláusula do *due process of law*. Igualmente, a mesma cláusula do devido processo legal foi invocada na decisão *Lochner v. New York*, de 1905, permitindo que a Corte invalidasse direito social consagrado pela legislação, que passará a limitar a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias; o argumento foi de que a lei privava os cidadãos de sua liberdade de contratar.

Por outro lado, o ativismo judicial foi de imperiosa importância na questão racial norte-americana durante a Corte Warren, especialmente a partir da decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, em que a Corte Suprema, derrubando seu próprio precedente (*Plessy v. Ferguson*, de 1896), decidiu ser inconstitucional lei que adotava a doutrina "iguais, mas separados", permitindo instalações públicas separadas para negros e brancos, desde que teoricamente fossem de igual qualidade; e, com essa postura ativa deu início ao fim da segregação racial nos Estados Unidos da América.

Outros Direitos Fundamentais foram consagrados e efetivados com a possibilidade de maior amplitude interpretativa por parte do Judiciário, como se vê em clássicas decisões ativistas da Suprema Corte Americana, tais como o reconhecimento do direito constitucional à privacidade (*Griswold v. Connecticut*, de 1965), a necessidade de toda pessoa presa em flagrante ser alertada sobre seus direitos constitucionais (*Miranda v. Arizona*, 1966), e o mais controvertido de todos, o reconhecimento do direito constitucional ao aborto, como projeção do direito à privacidade (caso *Roe v. Wade*, 1973).

Não são poucos os doutrinadores que apontam enorme perigo à Democracia e à vontade popular na utilização do ativismo judicial, pois como salientado por Ronald Dworkin:

[...] o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige" (DWORKIN, p. 451).

Por outro lado, não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, ao recordar que as "práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade" (MENDES; 2008).

O bom-senso entre a "passividade judicial" e o "pragmatismo jurídico", entre o "respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes" e "a necessidade de garantir às normas constitucionais à máxima efetividade" deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia in-terpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

Definir o papel de cada um dos poderes em um Estado Democrático de Direito não é tarefa das mais fáceis. A convivência harmônica entre a legalidade (Estado de Direito - *Rule of Law*) e o governo representativo da vontade popular (Estado Democrático) ou, em outras palavras, entre constitucionalismo e democracia é um ideal difícil de ser conquistado. Não por acaso, existe acesa e incessante disputa entre teorias democráticas procedimentalistas e substancialistas, sendo o centro da discórdia entre ambas a disputa sobre o papel adequado de uma Constituição se ela serve para simplesmente assegurar os mecanismos de autodeterminação popular ou se deve impor determinados direitos substanciais, mesmo contra a vontade da maioria.

A experiência prática recente parece indicar uma predominância dos direitos constitucionais sobre os procedimentos democráticos, materializada pela instituição, na maior parte das democracias existentes, de Textos Constitucionais escritos cuja supremacia é assegurada por meio de alguma forma de controle de constitucionalidade exercido por órgãos ligados ao Poder Judiciário.

A adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade, relegando mecanismos políticos a um papel secundário, no entanto, recebe diversas críticas, centradas, em geral, no caráter antidemocrático do Poder Judiciário, responsável pela palavra final em matéria de interpretação constitucional.

A Constituição canadense de 1982, ao prever um mecanismo conhecido como "cláusula não obstante" (*notwithstanding clause*), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário), despertou a atenção de estudiosos, especialmente daqueles que possuem ressalvas à prática tradicional do *judicial review*, e inspirou outros países a adotarem mecanismos semelhantes (Inglaterra, Nova Zelândia, Israel). Esta forma de fiscalização de constitucionalidade das leis, aqui chamada de controle brando de constitucionalidade (*weak-form judicial review*), sugere que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, assim, o componente democrático, de modo a permitir aos

representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos daquela sociedade.

No livro *Do estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções* (GOMES, 2008), o autor analisou, detalhadamente, os dezoito mais preocupantes riscos que rondam o denominado Estado de Direito constitucional. Um deles diz respeito à “judicialização do Direito”, ou seja, os juízes é que dão a configuração final do Direito e isso pode ser feito de modo equivocado e autoritário. Particularmente no que diz respeito ao STF, ele pode criar normas obrigatórias, a partir de textos constitucionais, sem a interposição da lei e do legislador acreditamos numa espécie de ativismo normatizante, que ele pode invadir competência alheia e disciplinar assuntos ainda não cuidados pelo Poder Legislativo.

Nos últimos tempos, a máxima Corte, sob o império do neoconstitucionalismo (Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Ferrajoli, Nino etc.), vem assumindo, com toda clareza, essa anômala função. Fez isso na regulamentação da fidelidade partidária, disciplinou depois os limites do uso das algemas (Súmula Vinculante nº 11), a Súmula Vinculante nº 13, que cuida da proibição do nepotismo, direto ou cruzado (nos três poderes).

O Senado havia aprovado regras sobre o nepotismo em 1997. Desde essa época a Câmara dos Deputados “empurra o assunto com a barriga”. Uma das principais razões para a edição da Súmula Vinculante nº 13, pelo STF, reside nessa omissão legislativa. Durante décadas essa Corte Suprema, sob o império da visão legalista (todo o Direito está fundado na lei), sempre aceitou servilmente a renitente omissão do legislador. Dizia-se: sem lei nada pode ser feito.

Agora, com a vigência da matriz constitucionalista, considerando-se que a lei foi destronada e que a importância do legislador foi mitigada, uma vez constatado o vácuo legislativo, vem o STF assumindo uma nova postura, a de regrador geral do País. Ou seja: tolerância zero para as omissões legislativas! Se quem dá as regras tem as rédeas na mão, parece lícito concluir que o STF, decisivamente, no século XXI, está assumindo o posto de “senhor do Direito”.

Alguns parlamentares, pouco afeitos ao novo paradigma do neoconstitucionalismo, vêm se insurgindo contra as recentes decisões do STF. Falam em invasão de competência, esvaziamento do legislativo etc. As críticas, de um modo geral, não procedem porque o STF, ao editar súmulas vinculantes, está agindo dentro do que lhe permite a Constituição Federal (aprovada pelo próprio

Congresso Nacional). O debate vem se avolumando e culminou na última queda de braço entre o STF e a Câmara dos Deputados com a proposta que muitos viram como ameaça a PEC 33, que se aprovada limitaria o poder de decisão do STF.

De qualquer modo, é certo que o novo ativismo judicial (do STF) está impregnado de vários riscos. O primeiro reside no enfraquecimento da democracia. Os parlamentares são os legítimos e diretos representantes do povo. Seu produto legislativo, portanto, quando compatível com a Constituição, é muito mais democrático que uma norma do judiciário. Atuando o STF como “legislador ativo”, há sempre também o risco de “aristocratização do Direito” (ou seja: o Direito pode derivar de uma casta elitizada, não da vontade dos representantes do povo). Conforme a composição do STF, pode-se ademais descambar para uma “hipermoralização do Direito” (que significa priorizar as regras morais sobre o direito positivado).

Caso os magistrados do STF venham a se engajar com as ondas involutivas do Estado de Polícia, há também o risco de “hitlerização do Direito” (direito nazista). Se conferirem primazia para a religião, em detrimento das regras jurídicas, há o risco da “fundamentação do Direito” (direito fundamentalista). Se não observarem nenhuma regra vigente no momento das decisões, pode-se chegar à “alternativização do Direito” (direito alternativo). O Direito construído pelo STF, de outro lado, pode resultar absurdamente “antigarantista” (aliás, essa é a censura que muitos já estão fazendo em relação à Súmula Vinculante nº 5, que dispensa a presença de advogado nos processos disciplinares).

Para se evitar a ocorrência de qualquer um desses riscos, em nosso ver a algumas precauções que devem ser tomadas: o Poder Legislativo não pode ser um poder omissivo. De outro lado, impõe-se melhorar a técnica legislativa e, ao mesmo tempo, o legislador não pode ter pretensões monopolizantes (deve fazer leis mais modestas, mais genéricas). É preciso, ademais, justificar melhor suas opções legisferantes, evitando-se a produção autoritária de normas. O Poder Legislativo, embora eleito diretamente pelo povo, não deveria nunca mandar à sanção presidencial uma nova lei sem antes ouvir, depois de redigido o texto, uma comissão de especialistas no assunto.

Em um outro momento os magistrados do STF, devem salientar que se é os juízes que dão a última configuração do Direito, impõe-se descobri-lo profundamente. De outro lado, mais cultura constitucional, mais filosofia jurídica e,

acima de tudo, vigilância permanente no seu “autocontrole”. O *self-restraint* deve conduzir tais juízes à ponderação, ao equilíbrio e à reflexão. O confronto de opiniões é inevitável, assim como a consulta à jurisprudência constitucional dos tribunais e países que contam com similitude cultural com o Brasil.

Por ora o STF vem “legislando” adequadamente, mas no exercício dessa função não pode se julgar soberano, nem soberbo. O risco de uma produção legislativa autoritária nunca pode ser menosprezado.

A resposta disso tudo vemos como sendo muito positiva. Com a atual composição do STF, esse risco é praticamente zero. Mas, mudada sua composição ou as condições políticas do País, desse risco não estamos isentos. O ativismo judicial do STF tem sido idolatrado. O STF nunca contou com tantas glórias. Desceu do Olimpo e está atento às reivindicações da sociedade brasileira (uso restrito das algemas, fim do nepotismo, fidelidade partidária, imposição de regras na demarcação das terras indígenas, educação para as crianças até cinco anos, direito à saúde para todos, igualdade de direitos a casais homoafetivos e casais heterossexuais, etc.).

A esta altura podemos visualizar que o STF está se legitimando perante a população, porém devemos ficar atento aos riscos que usada esta legitimação de forma a usurpar letimações políticas corre-se a riscos, tais como o de se alcançar o populismo. A Lei das 12 Tábuas dizia: “*Salus populi suprema lex*” (a salvação do povo é a suprema lei). Do STF se diria: *Salus populi supremo iudex* (a salvação do povo é o STF).

Até aqui, vem o STF permeando um terreno auspicioso nessa sua incorporação de um papel acentuadamente político (politização do Judiciário), no sentido aristotélico (como disse Gaudêncio Torquato, O Estado de S. Paulo, p. A2, 31.08.2008), ou seja, de servir ao bem comum. É hoje a instituição de maior força “na modelagem da vida nacional”. Seu presidente defende abertamente a nova postura de legislador positivo.

Podemos vislucrar isso através da análise dos últimos julgamentos proferidos pela corte a exemplo do julgamento do famoso caso Raposa Serra do Sol (demarcação de terras indígenas), mais uma vez entrou em pauta o tema do “ativismo judicial”, visto que o Ministro Menezes Direito sugeriu a imposição de dezenove medidas para a implementação da demarcação contínua. De ativismo

judicial já se falou também quando o STF impôs a fidelidade partidária, o direito de greve no serviço público, a proibição do nepotismo, o uso restrito das algemas, etc.

Devo salientar que através deste trabalho houve condução a definição de alguns conceitos, o primeiro é quanto a judicialização, esta não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao Judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o “ativismo judicial” que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.

O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez (cf. M. Pereira, O Globo, p. 4, 21.03.2009,), em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele, há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Como se vê, o conceito de ativismo judicial que acima utilizamos não coincide exatamente com o que acaba de ser descrito. Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós isso não é ativismo judicial, mas, sim, judicialização do direito considerado. O ativismo judicial vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.

Distinguimos duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito e há o ativismo judicial revelador criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado. Neste último caso, o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, e sim no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

No caso da imposição da fidelidade partidária, não havia nenhuma regra explícita a respeito do tema. Assim os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça baseou sua decisão no princípio democrático que é um dos eixos do moderno constitucionalismo, criaram uma regra, que impulsiona o entendimento de que quem

mudar de partido depois da eleição perde o mandato. Isso não estava explícito em nenhum lugar; logo, houve ativismo judicial. Desta forma entendemos que diante desta decisão os magistrados não inovaram apenas revelaram algo que já estava implícito na lei, diante dos conceitos acima emitidos, o princípio revelador (do sentido do princípio democrático).

E, no caso da demarcação indígena (Raposa Serra do Sol), podemos concluir ainda pelo princípio revelador, mas já se incursionando no inovador. O problema do ativismo judicial está no risco do Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta no sentido de que as decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem (nas decisões judiciais) aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, intromete-se indevidamente na função legislativa. Isso gera o risco da aristocratização do Estado e do Direito o que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar.

Verificamos que no Brasil as razões do ativismo judicial consoante o entendimento de Luiz Roberto Barroso que invocou em seu artigo no jornal o Globo duas inovações (BARROSO, 2009, p. 4):

- a) nova composição do STF (por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais) e
- b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo (que estimula tanto a emissão de medidas provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário).

Todo poder quando não exercido (ou quando não bem exercido) deixa vácuo e sempre existe alguém pronto para preencher esse espaço vazio por ele deixado.

As omissões praticadas pelos entes públicos, e daí entenda-se o termo omissão na sua mais ampla acepção, sempre foram motivo de inconformismo por parte da população e noticiadas corriqueiramente pela imprensa.

O atraso no cumprimento de decisões judiciais, por exemplo, e que pode ser perfeitamente enquadrado como uma omissão é uma das questões que mais dificultam o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que nem sempre é o ente público em si que dá causa a tal inércia. Alguns fatores que a própria lei chancela contribuem para a demora no cumprimento dos mandamentos judiciais. Podemos citar, de início, o sistema processual brasileiro, que, diante de sua extensão e complexidade, permite que uma demanda se arraste por mais de vinte anos até ser efetivamente cumprida sem que a parte esteja praticando qualquer tipo de ilegalidade ou improbidade. O sistema de precatórios, disciplinado pela Constituição Federal, também contribui significativamente para o adimplemento a destempo de decisões judiciais. A impossibilidade de concessão de tutela antecipada e de medidas liminares contra a Fazenda Pública, nas hipóteses disciplinadas pela Lei nº 9.494/1997, também é outro mecanismo que emperra a fluidez dos processos envolvendo o ente público.

Evidentemente que os institutos antes mencionados são absolutamente legítimos e constitucionais. A Fazenda Pública pode e deve seguir rito próprio e mais elástico do que os demais demandados perante o Poder Judiciário. Ocorre que, atrelado a tais “prerrogativas”, existe a morosidade e a omissão do ente público como criador e gestor da res pública, tornando o sistema falho.

A Constituição Federal traz diversos preceitos de eficácia limitada, que para serem implementados necessitam da integração da lei. É nesse momento em que se vislumbra a omissão do Poder Legislativo, ente responsável pela criação do ordenamento jurídico. Tomemos como exemplo a questão da greve dos servidores públicos. A Constituição Federal, em seu art. 37, VI, confere a tal categoria o direito de greve. Ocorre que, para o referido direito ser implementado, faz-se necessário a criação de lei específica disciplinando o instituto. Até o presente momento, fevereiro de 2011, a referida lei ainda não foi criada. É uma omissão que já dura mais de vinte anos!

O sistema constitucional, por sua vez, traz elementos que, em tese, poderiam aplacar tal morosidade. O mandado de injunção (para casos concretos) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (para controle concentrado) são dois exemplos disso. Ocorre que, em razão da insubordinação que impera entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em suas relações recíprocas, não há como o Judiciário impor o cumprimento de decisões quando elas tratam de funções típicas a serem exercidas pelos demais Poderes.

Vejamos o comando proferido em um mandado de injunção julgado procedente: O Poder Judiciário dará ciência ao Poder Legislativo que determinado

direito não está sendo exercido em razão da ausência de norma regulamentadora, cabendo ao referido ente suprir tal omissão. Nessa hipótese, o Poder Judiciário se subsumirá na posição do ente omissor e outorgará o direito pleiteado. Perceba-se que não há qualquer imposição por parte do Judiciário para que o órgão legislativo cumpra sua função primordial.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a situação não é diferente. Em sendo essa ação julgada procedente, o Poder Judiciário declarará que o órgão legiferante se encontra em mora no que tange ao seu dever constitucional de legislar e o notificará para cumprir seu mister. Se a omissão for por parte de órgão da esfera administrativa, é estipulado um prazo de 30 dias para que seja sanada a omissão, sem qualquer penalidade pelo descumprimento do referido prazo.

Diante da falta de ferramentas que possam dar efetividade aos direitos consagrados pela Constituição, o Poder Judiciário, em especial o STF, por ser o guardião da Constituição, precisou adotar uma postura mais agressiva para a concretização dos direitos fundamentais. Diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, coube ao Judiciário implementar direitos estabelecidos na Constituição e não regulamentados pela lei e impor políticas públicas que deveriam ser praticadas pelo administrador. A esse fenômeno deu-se o nome de ativismo judicial.

Muitas são as críticas quanto a essa postura mais concretista por parte do Poder Judiciário. Constitucionalistas alegam que não cabe ao referido órgão praticar condutas que se encontram na esfera de atuação dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso porque esses membros atuam sob a chancela do voto popular, enquanto aqueles que compõem o Poder Judiciário estão ali por critérios técnicos e não foram eleitos para tanto. Para essa vertente mais conservadora, certas condutas, tais como a implementação de direitos, seja por meio de criação de leis ou adoção de políticas públicas, ficaram a cargo daqueles que foram eleitos pelo povo, não cabendo a um grupo pequeno e seletivo, como é o caso do STF, fazê-lo.

Ocorre que ao STF cabe preservar a força normativa da constituição e garantir a implementação dos direitos nela estabelecidos. Se tais direitos, para serem efetivamente exercidos, necessitam de regulamentação de norma infraconstitucional, não pode o Tribunal sucumbir diante da omissão do órgão legiferante. Cabe ao Tribunal Constitucional, autorizado pela própria Constituição, inclusive, conferir efetividade a seus comandos ainda que venha a adotar medidas

de cunho eminentemente políticos, que em um primeiro momento seriam de competência dos entes escolhidos pelo sufrágio universal.

À prática de atos que competiriam aos entes eleitos pelo povo e que estão sendo definidas pelos membros do Judiciário dá-se o nome de dificuldade contramajoritária. A expressão “contramajoritária”, apesar de soar estranha em um primeiro momento, ao ser interpretada passa a fazer completo sentido no contexto em que é utilizada. A expressão aponta que determinada decisão foi tomada pela minoria. Isso porque não partiu do ente escolhido pelo povo, mas por um membro do Poder Judiciário, que não é eleito pelo voto popular.

Mas, como bem elucida o Professor Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial nada mais é do que o termômetro de uma democracia. Quando o Estado Democrático de Direito encontra-se politicamente enfraquecido, seja por concentração de poder ou por conflitos internos, o Poder Judiciário é mais exigido e passa a atuar de forma mais concreta. Mas nos momentos em que a cidadania vence tais percalços os tribunais recuam, atuando de forma mais intimista. Esse último, evidentemente, é o cenário modelo que sempre buscamos em um Estado Democrático de Direito. O equilíbrio entre os Poderes, que foi brilhantemente concebido por Montesquieu, é o que deve ser sempre perseguido.

Não podemos, entretanto, perder de vista que esse ativismo judicial do STF (sem precedentes na história) está impregnado de vários riscos.

O primeiro risco reside no menosprezo da atividade legislativa. Daí decorre o segundo: enfraquecimento da democracia. Os parlamentares são os legítimos e diretos representantes do povo. Seu produto legislativo, portanto, quando compatível com a Constituição, é muito mais democrático que uma norma criada pelo judiciário.

Atuando o STF como “legislador ativo”, há sempre, também, o risco de “aristocratização do Direito” (ou seja: o Direito pode derivar de uma casta elitizada, não da vontade dos representantes do povo). Conforme a composição do STF, pode-se ademais descambar para uma “hipermoralização do Direito” (que significa priorizar as regras morais sobre o direito positivado).

Caso os Magistrados do STF venham a se engajar com as ondas involutivas do Estado de Polícia, há também o risco de “hitlerização do Direito” (direito nazista). Se conferirem primazia para a religião, em detrimento das regras jurídicas, há o risco da “fundamentalização do Direito” (direito fundamentalista). Se

- iii) comprometimento da sociedade e dos governantes com o respeito aos direitos individuais e das minorias; e
- iv) desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos.

Há, no mínimo, sérias dúvidas quanto à presença de alguns destes fatores na sociedade brasileira de hoje, o que pode levar a uma conclusão diferente quanto à desejabilidade de um sistema de controle forte de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Outro ponto a ser destacado tem relação com a própria classificação do controle de constitucionalidade já exercido pelos Tribunais no Brasil. A facilidade com que podem ser aprovadas emendas à nossa Constituição permite que o Legislativo dê uma resposta a qualquer decisão do STF que declare a inconstitucionalidade de algum ato normativo em um prazo curto de tempo, havendo exemplos claros de sua utilização. Assim, só há que se falar em uma verdadeira supremacia judicial na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição, pois estas têm de ter por parâmetro as cláusulas pétreas, colocadas fora do alcance do Poder Constituinte derivado. Pelo menos por enquanto, isso parece suficiente para classificarmos o sistema brasileiro como um sistema moderado, não muito distante dos novos modelos surgidos em outros países.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gisele Silva. Participação através do direito: a judicialização da política. In: **CONGRESSO LUSO AFRO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**, 8., 2004, Coimbra, Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, 2004.

ATRIA, Fernando. El Derecho y la Contingencia de lo Político, In: **Doxa** nº 26, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BELLAMY, Richard. The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy. In: **Political Studies**, XLIV, 1996.  
\_\_\_\_\_. **Constitutionalism and Democracy**. Ashgat Publishing, 2006.

BERIZONCE, Roberto. As garantias do cidadão na justiça. In: TEIXEIRA, S. De F. (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Stephen Griffin e a nova crítica democrática ao judicial review. In: **Direito, Estado e Sociedade**, v. 27, jul./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. In: **Direito, Estado e Sociedade**, v. 30, 2007.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2007.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**. 2nd edition. Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, v. 18, n. 51, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CHOUDHRY, Sujit. Resenha do livro de MANFREDI, Christopher P. *Judicial Power and the Charter: Canada and the paradox of liberal constitutionalism*. 2. ed. Toronto: Oxford University Press, 2001, In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 2, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

COELHO, Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

DIAS, Bárbara. Divisão, separação ou articulação de poderes: como se deve governar? In: DIAS, Bárbara; SIMÕES, Sandro (Org.). **Ensaio sobre Direito Constitucional**. Belém: Ed. CESUPA, 2003.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 3, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **The sovereign virtue**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, J. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Tratado de derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review**. Harvard University Press, 1980.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. *Revista USP*, São Paulo, n. 46, 2008.

\_\_\_\_\_. Mitos e conflitos: os Direitos Humanos no Brasil. In: FARIA, J. E

\_\_\_\_\_. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FIELD, Martha. The differing federalisms of Canada and the United States. In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law**. Nova York: Foundation Press, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 1999.

FLEMMING, Roy B.; KRUTZ, Glen S.; SCHWANK, Jennifer Renee. Agenda Setting on the Supreme Court of Canadá. Trabalho apresentado na **4ª Conferência Anual sobre Estudos Científicos de Política Judicial**, entre 21 e 23 de outubro de 1999, College Station, Texas. Disponível em: <<http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/workingpaperarchive/flemming.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, v. 73, n. 2, maio de 1998.

\_\_\_\_\_. **The Cycles of Constitutional Theory**. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, 2004.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, v. 49, n. 4, 2001.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Homogenizing Constitutions. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 3, p. 484, 2003.

GRIFFIN, Stephen M., Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, v. 4, n. 2, jan. 2013.

\_\_\_\_\_. The Age of Marbury: Judicial Review. In: **a Democracy of Rights** (September 3, 2003). Tulane Law School Working Paper No. 2003-01, p. 14-17. Disponível para download em: <<http://ssrn.com/abstract=441240>>. Acesso em: 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Review essay**: has the hour of democracy come round at last? The new critique of judicial review. **Constitutional Commentary**, v. 17, n. 3, inverno de 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I

HOGG, BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

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

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira *et al.* **Teoria da**

**constituição:** estudos sobre o lugar da política do direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUHMANN, Niklas. The self-reproduction of law and its limits. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Diagrams of law in the Welfare State**. Berlin: Walter de Gruyter, 1986.

MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, 2002.

McGOLDRICK, Dominic. The United Kingdom Humans Rights Act 1998 In: **Theory and Practice. International and Comparative Law Quarterly**, v. 50, out. 2001.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Textos históricos do direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Casa da Moeda, 1990.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Gedisa Editorial, 1997.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005. *Oxford*, v. 13, p. 32, 1993.

PERRY, Michael J. Protecting Human Rights. In: A Democracy: What Role for the Courts? Wake Forest University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, **Research Paper** nº 03-02, fev. 2003. Disponível para download em: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=380283](http://ssrn.com/abstract_id=380283)>. Acesso em: 15 maio 2013, p. 65.

POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, nov. 2005.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2, p. 542).

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions. In: Canada and the United States. **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, n. 2, apr. 2006.

ROSANVALLON, Pierre. **La démocratie inachevée: histoire de la Souveraineté du Peuple en France**. Paris: Gallimard, 2000.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?** 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

- ROSENFELD, Michel. Constitutional Adjudication. In: Europe and the United States. **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 4, 2004.
- SELZNICK, Phillipe; NONET, Philip. **Direito e sociedade**: em direção a um sistema reflexivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997
- SOMMER, Hillel. **Democracy vs. Rule of Law**: Does the Court Really Control the Elected Legislature? *Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, 2004. Disponível para download em: <<http://ssrn.com/abstract=701902>>. Acesso em: 5 jan. 2013.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn (ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.
- TEUBNER, Gunther. **Dmit et réflexivité**: l'auto-referance em droit et dans l'organisation. Bruylant, Bélgica: L.G.D.J, 1996.
- TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005.
- TRIBE, Lawrence H.; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review. **Dissent Magazine**, v. 51, n. 3, p. 81/86, verão de 2005.
- TUSHNET, M. Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? **Dissent Magazine**, v. 51, n. 2, primavera de 2005. Disponível para download em: <<http://dissentmagazine.org/mentest/archives/2005/sp05/tushnet.htm>>. Acesso em: 20 set. 2012.
- TUSHNET, Mark. Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism. **Law and Philosophy**, n. 22, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial Review and Social Welfare Rights. *Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton, 2008.
- \_\_\_\_\_. New forms of judicial review and the persistence of rights- and democracy-based worries. **Wake Forest Law Review**, v. 38, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton University Press, 1999.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GK**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.
- VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. Oxford University Press. **Journal of Legal Studies**, v. 13, 1993.

\_\_\_\_\_. A right-based critique of constitutional rights. **Journal of Legal Studies**, [s.n.].

\_\_\_\_\_. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, 2006.

ZURN, Cristopher. Deliberative Democracy and Constitutional Review. **Law and Philosophy**, n. 21, 2002.