UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: EXISTEM CONSTRANGIMENTOS EFICAZES?

Tese de Doutorado

Recife
2016

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: EXISTEM CONSTRANGIMENTOS EFICAZES?

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Linha de Pesquisa: Jurisdição e ´Processos Constitucionais

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Recife
2016

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

A663j Araújo, Luiz Henrique Diniz
Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial: existem constrangimentos eficazes? – Recife: O Autor, 2016.
210f.

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional - Brasil - Interpretação e construção. 2. Controle da constitucionalidade - Brasil. 3. Estado de direito. 4. Jurisdição - Brasil. 5. Juízes - Decisões. 6. Poder judiciário - Brasil. 7. Poder judiciário e questões políticas - Brasil. 8. Discricionariedade judicial - Brasil. 9. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 10. Poder judiciário - Aspectos sociais - Brasil. 11. Direito e política. 12. Legitimidade governamental. 13. Democracia - Brasil. 14. Mandado de injunção - Brasil. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2016-009)

Luiz Henrique Diniz de Araujo

"Judicialização da Politica, Ativismo e Discricionaridade Judicial – Exisem Constrangimento Eficazes?"

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.
Área de concentração: **Teoria e Dogmática do Direito.**
Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. **Francisco Ivo Dantas Cavalcanti** (Presidente/UFPE)

Professor Dra. **Flávia Daniele Santiago Lima** (1ª Examinadora externa/UNICAP)
Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. **Marcelo Labanca Corrêa de Araújo** (2º Examinador externo/UNICAP)
Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr **Edilson Pereira Nobre Júnior** (3º Examinador interno/UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** (4º Examinador interno/UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. **Sérgio Torres Teixeira** (5º Examinador interno/UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Recife, 17 de fevereiro de 2016

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior**.

A meus pais, Teresinha e Helvecio

A Amanda

A Maria Letícia e Isadora

AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a meus pais, Teresinha e Helvecio, que sempre investiram na minha educação e me incentivaram ao estudo. A Amanda, pelo amor. A Maria Letícia e a Isadora pelo novo sentido que deram à minha vida. A meus irmãos, Luiz Eduardo e Maria Lúcia, pelo companheirismo, a Flaviana, minha cunhada, pela amizade, e a Alice, Lívia e Lara, minhas sobrinhas, pela alegria que trazem à família.

Agradeço a meu orientador, que se tornou um amigo, Prof. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, pela generosidade, pelo estímulo, pelas horas que dedicou à minha pesquisa e às obras que nunca se furtou a me ceder.

Aos Professores Daniel Farber, Malcolm Feeley, Martin Shapiro e Jesse Choper, da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, Berkeley, pela acolhida e pelo tempo precioso que dedicaram ao meu trabalho e à minha orientação no ano de 2014 por ocasião de "Doutorado Sanduíche" que tive a feliz oportunidade de realizer naquela instituição.

Aos Professores Edílson Nobre, Sérgio Torres Teixeira, Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti, Marcelo Labanca, Flávia Danielle Santiago Lima, Glauco Salomão e Aurélio da Bôaviagem, que aceitaram participar da minha banca examinadora, valorizando de um modo inestimável o meu trabalho de conclusão de Doutorado. Os dois primeiros, juntamente com o Professor Ivo Dantas, compuseram a banca de qualificação de tese, com aconselhamentos e observações valiosas.

A todos os demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, bem como do Doutorado em Direito da Universidade da Califórnia, Berkeley, dos quais fui aluno ou que, de alguma forma, tiveram participação na elaboração deste trabalho e na minha formação acadêmica.

À Advocacia-Geral da União, na pessoa do Procurador-Geral Federal, Renato Rodrigues Vieira, e à Escola da AGU, na pessoa da Diretora Geral, Dr.a Juliana Sahione Mayrink Neiva, por terem viabilizado e incentivado o meu afastamento para Doutorado Sanduíche no exterior.

À Fundação CAPES, pela concessão de bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior, para minha temporada de estudos e pesquisas na Universidade da Califórnia, Berkeley.

Por fim, neste agradecimento, mas não na importância, agradeço a todos os meus colegas do PPGD da Universidade Federal de Pernambuco, pelos profícuos e fancos debates que sempre tivemos, bem funcionários da Pós-Graduação em Direito da UFPE, nas pessoas de Maria do Carmo de Aquino (Carminha) e de Gilka Santos.

RESUMO

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. **Judicialização da Politica**, **Ativismo e Discricionariedade Judicial - existem constrangimentos eficazes?.**2016**.** 210 f. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

O presente trabalho, inserido na Linha de Pesquisa Constituição e Processo Constitucional, tem por objetivo, de um lado, analisar o controle judicial de constitucionalidade como um atributo do Estado Democrático de Direito; de outro lado, pretende estudar se há e, em caso positivo, quais são limites para impedir que o exercício da jurisdição constitucional represente uma ameaça ao Estado Democrático, descambando para uma "juristocracia". Na busca dessa senda é que a tese faz uma incursão em teorias que concernem ao ativismo e à discricionariedade judicial, tentando esclarecer o significado desses fugidios conceitos, sem se esquivar de fazer uma análise de julgamentos importantes do Supremo Tribunal Federal à luz desses pilares teóricos.

Palavras-chave: judicialização da política, ativismo judicial, discricionariedade, conflito contramajoritário.

ABSTRACT

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. **Judicialization of Politics**, **Activism and Discretion-which are the constraints?.** 2016. 210 p. Doctoral Thesis - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

This text, developed in the field of research "Constitution and Constitutional Process", aims to analyze, on one hand, judicial review of legislation as an atributte of the Democratic State of Law; on the other hand, it aims to study if there are any (and, in case of a positive answer, which are the) constraints in order toprevent judicial review from threatening democracy, diverting towards a "juristocracy". Thus the thesis analyzes theories that concern judicial activism and discretion. It tries to clarify these controversial concepts and, at the same time, analyzes important cases judged by the Brazilian Supreme Court in the light of these ideas.

Keywords: judicialization of politics, judicial activism, judicial discretion, countermajoritarian conflict.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....11

PARTE I: A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E AS SUAS CAUSAS.....13

CAPÍTULO 1. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL.....14

CAPÍTULO 2. A SUPERAÇÃO DAS CONCEPCÕES JUSNATURALISTA E JUSPOSITIVISTA . O FORTALECIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM O PÓS POSITIVISMO.....20

CAPÍTULO 3. O NEOCONSTITUCIONALISMO.....30

3.1. Aspecto histórico.....32

3.2. Aspecto filosófico.....32

3.3. Aspecto teórico-jurídico.....33

3.3.1. A força normativa da constituição.....33

3.3.2. A expansão da jurisdição constitucional.....34

3.3.3. Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.....36

PARTE II – AS CONSEQUÊNCIAS DO EMPODERAMENTO (*EMPOWERMENT*) DO PODER JUDICIÁRIO.....37

CAPÍTULO 4. CONTEXTUALIZANDO A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....38

CAPÍTULO 5. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL E OPROBLEMA CONTRA MAJORITÁRIO.....43

5.1. O controle de constitucionalidade e a democracia.....47

5.2. O problema (ou conflito) contramajoritário......54

5.3. A solução majoritarianista.....55

5.4. As fragilidades da solução majoritarianista e a superação do conflito contramajoritário.....59

CAPÍTULO 6. O ATIVISMO JUDICIAL.....65

6.1. A polissemia da expressão ativismo judicial.....65

6.2. A crítica ao ativismo judicial e o exemplo dos Estados Unidos.....72

6.3. O ativismo judicial no Brasil.....76

PARTE III – LIMITES À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....80

CAPÍTULO7. A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL.....80

CAPÍTULO8. TEORIAS INTERPRETATIVAS COMO TENTATIVAS (FRUSTRADAS) DE LIMITES AO ATIVISMO.....91

8.1. A Teoria do Constitucionalismo Vivo (*Living Constitutionalism*).....93

8.2. O Originalismo.....95

8.3. A Teoria do Processo Político *(The Political Process Theory)*.....99

8.4. Konrad Hesse e a concretização da constituição.....101

8.5. A interpretação na teoria de Haberle (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição).....103

8.6. O Pragmatismo Jurídico e a Interpretação da Constituição.....105

8.7. A Retórica e a fraqueza dos textos normativos como constrangimentos à interpretação.....111

CAPÍTULO 9. AS TEORIAS DOS PRINCÍPIOS COMO TENTATIVAS DE CONFERIR OBJETIVIDADE À INTERPRETAÇÃO.....114

9.1. A proposta de Robert ALEXY.....115

9.2. A proposta de Ronald DWORKIN.....117

9.3. A proposta de Marcelo NEVES.....119

9.4. A proposta de Humberto ÁVILA.....121

9.5. A proposta de Gustavo ZAGREBELSKY.....124

9.6. Conclusão parcial do capítulo.....126

CAPÍTULO 10. OS CONSTRANGIMENTOS *A POSTERIORI* À DISCRICIONARIEDADE: VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES, A ESCOLHA DOS JUÍZES E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA (INCREMENTALISMO) 128

10.1. A objetividade da interpretação.....128

10.2. O constrangimento representado pelo respeito aos precedentes.....138

10.3. O constrangimento relacionado à motivação substancial das decisões.....143

10.4. Os constrangimentos relacionados à estrutura do Poder Judiciário.....146

10.5. A transparência.....149

10.6. O Incrementalismo oua interpretação constitucional evolutiva.....150

10.6.1. O Incrementalismo em Brown v. Board of Education.....154

10.6.2. O Incrementalismo e a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos.....156

PARTE IV – ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....158

CAPÍTULO 11. ALGUMAS NOTAS IMPORTANTES SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FEIÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL.....158

CAPÍTULO 12. ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EXEMPLOS DE INCREMENTALISMO (JURISPRUDÊNCIA EVOLUTIVA), ATIVISMO OU AUTOCONTENÇÃO?......165

12.1. O mandado de injunção e a jurisprudência evolutiva.....165

12.2. A interrupção de gravidez dos fetos anencéfalos (ADPF n. 54).....179

12.3. O caso das uniões homoafetivas (ADI 4.277 e ADPF 132).....182

CONCLUSÕES.....192

REFERÊNCIAS.....195

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, inserido na Linha de Pesquisa Constituição e Processo Constitucional, pretende estudar o ativismo judicial e possíveis constrangimentos a ele.

Se assume, por um lado, que a jurisdição constitucional representa uma proteção contra atos legislativos arbitrários ou em desacordo com a Constituição (MALFATTI, 2015), por outro, a depender do seu manejo e dos limites mais ou menos elásticos que podem ou não ser conferidos ao Poder Judiciário no exercício desse mister, pode representar um atentado ao Estado Democrático[1].

Esse perigo para a Democracia pode ser ainda maior em um momento histórico em que os princípios foram alçados quase que a uma condição de panaceia e os valores parecem assumir uma função de primazia na fundamentação de diversas decisões.

A ampliação interpretativa e o crescimento do papel do Poder Judiciário no Brasil e em diversos outros países, como é o caso dos Estados Unidos da América e da República Francesa, do Estado de Israel, da Colômbia, do Chile, do Canadá, do Japão, entre diversos outros, têm levado a uma postura, ao menos no campo teórico e acadêmico, de preocupaçãocom o comedimento no exercício da jurisdição constitucional.

Em diversos sistemas jurídicos no tempo em que vivemos, já não se discute como outrora se a constituição tem ou não força normativa. Há um forte consenso de que a constituição não é um documento meramente político, mas também jurídico. Essa nova concepção da força normativa da constituição surgiu na Europa a partir da segunda metade do século XX e, no Brasil, a partir do final da década de 90 (MORAIS, 2011, p. 169). Nos Estados Unidos, a força normativa da constituição já vem sendo exercitada judicialmente desde tempos mais remotos, ao menos desde o século XIX de uma forma mais sistemátizada.

[1]Nesse sentido é que ARAÚJO, Marcelo Labanca C. (2015) escreveu que o Supremo Tribunal Federal vem tendo uma "atuação quase legislativa", "funcionando às vezes como uma terceira câmara legiferante".

Com o reconhecimento da força normativa da constituição em uma pluralidade de Estados nacionais e o reconhecimento da jurisdição constitucional em diversos deles, as grandes discussões, hoje, passaram a dizer respeito à interpretação e à efetivação das ideias difusas congregadas nesse complexo documento, de supremacia hierárquica e axiológica.

O que este trabalho buscará estudar é em que medida e por que meios é possível equilibrar o saudável exercício do controle de constitucionalidade, necessário, em nosso entender, ao bom funcionamento das democracias,com a deferência às deliberações do Poder Legislativo, que, apesar da deturpação prática de seu papel ainda é, entre os poderes do Estado, aquele que de forma mais abrangente pode representar os interesses coexistentes em uma sociedade hipercomplexa.

Com efeito, a Justiça Constitucional é acometida de um paradoxo, pois se, de um lado, goza de ampla aceitação quanto a seus fundamentos, de outro, sofre questionamentos acesos acerca da usurpação das funções das instâncias democráticas (TAVARES, 2010, p. 11).

Como pontos de partida do texto e a título de contextualização, serão tecidas considerações sobre o Estado Constitucional ao tempo do seu nascimento e sobre o Positivismo Jurídico para, depois, ser analisada a superação desses paradigmas a partir do fenômeno que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo.

Assumiremos essas classificações como marcos, mas sem lhes dar uma importância absoluta, pois entendemos, na linha de DEWEY (2014), que as grandes escolas e correntes teóricas são úteis para efeito de compreensão; no entanto, trazem em si a indesejável capacidade de empobrecer e "artificializar" a análise. Tenta-se "domesticar" a realidade fugidia e indomável em conceitos que nada mais são (e não poderiam ser mais do que isso) do que planificações ou padronizações e este trabalho tentará não cair nessa "armadilha".

O trabalho assume como um de seus pontos de partida que a tradição brasileira elevou o juiz a ator do processo democrático. Nesse sentido, nossa tradição talvez esteja mais próxima da norte-americana, em que à consagração dos direitos corresponde a "existência (...) da garantia judiciária para a sustentação prática e a reivindicação eficaz de cada um dos direitos assim declarados" (BARBOSA, 1933).

Analisando a realidade dos ESTADOS UNIDOS, TOCQUEVILLE (2014) registrou como os juízes gozam de poderes amplos e, por outro lado, registra a pouca atenção que se dá

à limitação de seus poderes, o que acarreta uma "amplitude imensa que se deixa ao seu arbítrio". E nós, brasileiros, somos em certo grau tributários dessa tendência.

É, portanto, nesse contexto de valorização dos poderes do juiz e especificamente do juiz constitucional, que o texto trilhará seu caminho.

PARTE I – A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E AS SUAS CAUSAS

Como explicitado naIntrodução, o poder judiciário e o exercício da jurisdição constitucional vêm assumindo uma crescente importância na organização dos poderes no Brasil. Como esse fenômeno se tem verificado e quais as suas causas é o que será estudado nesta PARTE I deste trabalho.

Dessa forma, serão analisados, na Parte I, três elementos que possibilitaram e vêm possibilitando o fortalecimento do papel do poder judiciário em uma escala global. Esses elementos serão analisados nos três primeiros capítulos do trabalho.

No Capítulo 1, será analisada a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, transição histórica que fez surgir a ideia de constituição como norma jurídica e que conduziu ao reforço do papel do poder judiciário, que passou, em diversos ordenamentos, a ser o guardião daquelas normas jurídicas com status diferenciado.

No Capítulo 2, serão abordadas as influências do Juspositivismo edo Jusnaturalismo sobre o controle de constitucionalidade. Ver-se-á que essas antigas escolas do pensamento jurídico admitiam o controle de constitucionalidade, cada uma à sua maneira. Essas forças, mas especialmente a sua superação, com as ideias pós-positivistas, atuaram no sentido do fortalecimento do papel do juiz.

No 3.º e último capítulo desta parte I, será estudado o conjunto de ideias que subjazem ao rótulo de Neoconstitucionalismo. Aquele capítulo é o espaço do trabalho dedicado a demonstrar como o conjunto de ideias tratadas sob o rótulo fugidio de Neoconstitucionalismo envolve a revalorização da força normativa da constituição e o papel do judiciário como instituição incumbida de efetivar o seu conteúdo.

CAPÍTULO 1. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, demonstrar-se-á como a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional contribuiu de forma importante para a valorização do papel do juiz na organização de poderes de diversos países do mundo ocidental, com reflexos inequívocos no Brasil.

Apesar de desde a Idade Antiga se falar em constituição, essa expressão não tinha o significado jurídico que passou a ter no século XX — um documento com o *status* de lei superior que rege todo o ordenamento jurídico de um Estado. Àquele tempo, a expressão ou era mencionada pelos filósofos ou tinha meramente um caráter político, como era o caso da Constituição de Atenas (DALLARI, 2010, p. 28).

O aparecimento da constituição em sentido jurídico é constatado geograficamente na Inglaterra, na segunda metade da Idade Média. Haveria surgido quando, na tentativa de solucionar seus conflitos, o baronatodefendeu a edição de documentos, entre os quais a Magna Carta de 1215[2], pelos quais se superava a concepção de que antigos costumes tinham força de impedir decisões que lhes fossem contrárias (DALLARI, 2010, p. 29 e 30). Evidentemente, essas constituições pouco tinham das características da constituição em um Estado Constitucional contemporâneo, sendo mais uma declaração de princípios sem a força normativa da maioria das constituições que hoje conhecemos.

No século XVI, começaram a surgir "determinações normativas, incluindo leis e pactos formais, nas quais eram fixadas as regras fundamentais sobre determinados aspectos da vida social, inclusive o governo (...)" (DALLARI, 2010, p. 32). Esse era o embrião do que viria a ser a constituição escrita do século XVIII.

As Revoluções americana e francesa, em fins do séc. XVIII, marcaram o êxito do movimento constitucionalista, do qual surgiram as concepções de Estado de Direito Liberal, Estado de Direito Social e Estado Democrático de Direito.

Apesar do advento das constituições do fim do século XVIII, como é o caso da Constituição dos Estados Unidos, da Primeira Constituição Francesa e, no início do século XIX, da primeira Constituição Brasileira, essa centúria é conhecida como o século do "Estado de Di-

[2]Sobre o conteúdo da Magna Carta cf. http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation. Acesso em 24/10/2015.

reito" (*Rechtstaat*, na expressão alemã) e não, ainda, do Estado Constitucional, na acepção que conhecemos hoje.

Nessa classificação, o Estado de Direito se distingue do Estado de Força (*Machtstaat* — o Estado Absoluto do século XVII), e do Estado de Polícia (*Polizeistaat* do século XVIII — o regime do Absolutismo Iluminista) (ZAGREBELSKY, 1992, p. 20). Não cabia falar, ainda, em Estado Constitucional, na acepção jurídico-política da atualidade.

O processo de formação do Estado de Direito, por sua vez, começoua se desenvolver na Inglaterra em fins do século XVII; na França e nos Estados Unidos, no final do século XVIII; na Alemanha e em outros países europeus, durante o século XIX.

O estudo do Constitucionalismo, desde a sua origem até o estado social e, agora, com o Neoconstitucionalismo, demonstra, como já se percebe, um processo evolutivo. O Constitucionalismo teve como marcos fundamentais em seus primórdios as revoluções de fins do século XVIII, evoluindo até as constituições garantidoras do Estado Democrático e Social de Direito. Mas, houve um período de retrocesso, em que prevaleceram os ideais conservadores positivistas, período situado entre fins do século XVIII, século XIX e duas primeiras décadas do século XX , em que estava em evidência a ideia de Estado de Direito, mas não exatamente de Estado Constitucional (PASTOR e DALMAU, 2015).

O Estado de Direito sugere um valor e acena a uma direção evolutiva da organização do Estado, mas não contém uma implicação precisa. O valor é a contenção do arbítrio estatal. A direção é a inversão da relação entre o poder e o Direito, passando aquele a estar subordinado a esse, em oposição aos absolutismos que marcaram os séculos XVI, XVII e XVIII (ZAGREBELSKY, 1992, p. 20).

A concepção do Direito adequada ao Estado de Direito, ao princípio da legalidade e à noção de lei era epistemologicamente ligada ao Positivismo Jurídico como ciência da legislação positiva. A concepção indicada por essa fórmula pressupõe uma condição histórico-concreta: a concentração da produção do Direito em uma só instância constitucional, a instância legislativa. Assim, tudo o que está no campo do Direito (aí também englobada a justiça) é, necessariamente, o que a lei dispõe. Essa simplificação leva a conceber a atividade do jurista como a simples exegese legal, a busca pela vontade do legislador (ZAGREBELSKY, 1992, p. 38).

Para uma tal concepção, prevalecente nos anos 1800, mas com reflexos e resíduos presentes até hoje, não havia reconhecimento de valores que não estivessem expressos na legislação.

Todavia, reduzir o Estado de Direito a Estado que age na forma do Direito leva ao perigo de se criar as condições de compatibilização teórica do conceito com qualquer tipo de Estado, inclusive de Estados autocráticos, como os que existiram no século XX. Na verdade, não há aí Estado de Direito em seu sentido próprio, mas simplesmente Estado de legalidade.

A II.ª Guerra Mundial foi um acontecimento histórico que contribuiu para se pôr em xeque o otimismo liberal expresso na crença em uma justiça natural imanente às relações econômicas e sociais e marcou, por consequência, a crise de uma visão idealizada de separação radical entre Estado e Sociedade (HILBINK, 2006).

A nova natureza do Estado, agora preocupado também com a criação de uma situação que permitisse a cada indivíduo o desenvolvimento de sua personalidade, provoca alterações no entendimento dos direitos fundamentais e das técnicas jurídicas destinadas a protegê-los.

É nesse estágio histórico que cabe falar em surgimento do Estado Constitucional na sua plenitude, o qual é marcado pela oposição às ideias positivistas e pela concepção do Direito a partir de uma experiência essencialmente valorativa.

A novidade que a fórmula do Estado Constitucional contém é capital e resguarda a posição da lei. No entanto essa, pela primeira vez em época moderna, vem subordinada a um estrato mais alto do Direito estabelecido na Constituição. Em si mesma, essa inovação poderia aparecer e efetivamente aparece como uma simples integração dos princípios do Estado de Direito, que leva a efeito um programa de integral sujeição ao Direito de toda a função ordinária do Estado, compreendida a legislação (com exceção apenas da função constituinte).[3]

Com isso, poder-se-ia dizer, vem a se realizar na sua forma mais plena possível o princípio do governo das leis, em lugar do governo dos homens, frequentemente considerado uma das bases ideológicas fundantes do mesmo Estado de Direito (ZAGREBELSKY, 1992, p. 39).

[3]Esse ambiente europeu, que influenciou fortemente o Direito Brasileiro, não teve uma correspondência exata nos Estados Unidos da América, onde, como ressaltado, o constitucionalismo floresceu em fins do século XVIII e, salvo curtos períodos históricos, continuou em permanente evolução até a atualidade.

No Estado Constitucional, a constituição é quem dá unidade ao ordenamento. Nas sociedades complexas se vive a "pulverização" do Direito Legislativo, através da multiplicação de leis de caráter setorial e temporário, isto é, "a generalidade reduzida ou a um baixo grau de abstração", até ao extremo das leis-providência e das leis meramente retroativas, nas quais uma intenção "regulativa" no sentido próprio é totalmente assente: ao invés de normas, medidas (ZAGREBELSKY, 1992, p. 43/44).

Nessa situação, vem notavelmente reduzida a aspiração da lei como fator de ordem. Essa é, na verdade, expressão de uma desordem que ela tenta solucionar *ex post factum*. À pulverização das leis se soma a heterogeneidade do seu conteúdo. O pluralismo das forças políticas e sociais, todas competindo pela sua própria afirmação na estrutura do Estado democrático e pluralista, conduz à heterogeneidade dos valores e dos interesses expressos nas leis (ZAGREBELSKY, 1992, p. 45).

Nessas condições, a ideia de que a lei e as demais fontes, em seu todo, constituem por si um ordenamento — como podia ser no século XIX —não pode ser considerada. A crise da ideia de código é manifestação dessa mudança. A exigência de uma recondução à unidade deve enfrentar o problema da crise de legalidade, determinada pela perda de sentido, pulverização e incoerência da lei e das demais fontes do Direito (ZAGREBELSKY, 1992, p. 47). A lei cede passo, assim, à constituição, é destronada em favor de uma instância mais alta.

A divisão de poderes perde o seu caráter de repartição mecanicista e estanque de funções – legislativa, executiva e judicial. Passa a ser compreendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do poder.

Esses elementos corporificam uma grande subversão ao sistema idealizado por Montesquieu, pois o resultado é que os juízes funcionam como verdadeiros agentes criadores de direito. Esse caráter moderno do poder judicial chega mesmo a se manifestar em questões de alta dimensão política e leva o juiz a ocupar um papel destacado na organização dos poderes estatais. Não é à toa que os americanos tratam o poder judiciário como um dos "branches of government" ("ramos de governo").

No atual momento do Constitucionalismo, as constituições desempenham basicamente quatro funções (ALBERT, 2012): primeiro, separam os poderes através da criação de uma estrutura interna de autoridade que serve como uma referência para disputas; segundo, identi-

ficam ou criam classes de cidadãos e autoridades públicas que devem se governar de acordo com ela; terceiro, abraçam um propósito ou uma missão que guia os cidadãos e os seus governantes na condução dos seus negócios, sejam eles internos ao grupo ou em direção do mundo exterior; quarto, incorporam valores.

As constituições podem desempenhar cada uma dessas funções sem expressamente estabelecê-las em seu texto.Por exemplo, apesar de o sistema presidencial dos Estados Unidos se ter tornado um sinônimo da separação de poderes, não há em qualquer lugar do texto da Constituição um dispositivo expressamente estabelecendo que os poderes nacionais devem operar separadamente. Na verdade, o intérprete deve inferir o princípio da separação de poderes da estrutura do texto e da substância de diversas de suas disposições, as quais assentam a independência entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Certo é que a evolução das constituições, até que se chegasse a um estágio de mais alta norma jurídica, ocorreu em diversos ordenamentos. Essa evolução trouxe uma necessidade, a de uma instituição incumbida de assegurar a força normativa dessa norma. Quanto a esse ponto, o progresso histórico ocorreu de forma bastante diversa nos Estados Unidos, de um lado, e na Europa, de outro. No Brasil, somos tributários desses dois grandes troncos.

Considerando esse contexto de evolução constitucional em diversos países, o juiz, nos Estados Unidos, tem desde a Constituição de 1787 a tarefa de garantir os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, notadamente no que concerne ao poder político e ao legislador. É o exercício concreto da supremacia da Constituição em relação à lei (ROMBOLI, 2015, p. 40/1), que, certamente, nos primórdios do constitucionalismo norte-americano era ainda frágil em relação ao estágio a que chegou na atualidade, mas, de certa forma, já existia[4].

Partindo-se dessa compreensão (juiz como garantidor da constituição)[5], a jurisprudência da Suprema Corte seguiu e segue um caminho natural, no bojo do qual, em 1803, o julgamento do caso Marbury *v*. Madison ficou marcado como o primeiro modelo de justiça constitucional difuso (ROMBOLI, 2015, p. 41).

Já na Europa, a jurisdição constitucional não seguiu a mesma trilha. Na Europa continental, o nascimento da jurisdição constitucional está ligado de forma estreita à transiçãodo

[4]"Hoje, mais de dois séculos decorridos (das primeiras constituições modernas), a resposta continua a mesma, a Constituição é direitos fundamentais e separação de poderes" (NOVAIS, 2014).

[5]Não esquecer aqui o famoso número 78 de O Federalista, em que Alexander Hamilton defende que em caso de colisão, o juiz deve preferir a constituição em detrimento da lei. Vf.http://www.glencoe.com/sec/socialstudies/btt/celebratingfreedom/pdfs/327.pdf, acesso em 25/9/2015.

Absolutismo ao Estado liberal. Essaruptura com o velho ordenamentotrouxe a necessidade de direitos a serem reconhecidos institucionalmente (ROMBOLI, 41).

No quadro institucional europeu, o poder incumbido de garantir a aplicação das constituições não foi, como nos Estados Unidos, o poder judiciário, mas, sim, o poder legislativo. Na realidade, as constituições europeias eram concebidas como programas políticos muito mais do que documentos com força jurídico-normativa. Daí a expressão *légicentrisme* (“legicentrismo”, ou seja, sistema jurídico centrado na lei e no parlamento, e não na constituição e no judiciário), muito utilizada pela literatura constitucional francesa.

Diferentemente dos Estados Unidos, o papel do juz, no Estado liberal europeu, não era aplicar a constituição, mas, sim, aplicar a lei, como verdadeiro “bouche de la loi” (“boca da lei”). Frise-se, inclusive, que o juiz, nessa fase, era visto com muita desconfiança, uma vez que sob a égide do Estado absoluto era efetivamente uma extensão do poder real.

Nesse contexto, o curso natural da jurisprudência na Europa não foi, como nos EUA, de reconhecimento e fortalecimento da jurisdição constitucional, muito ao contrário. Essequadro permanece até meados do século XX, com as constituições posteriores à II Guerra Mundial, que reagiram aos ordenamentos totalitários e reconheceram que os parlamentos, com toda a sua pretensa legitimidade, poderiam levar a regimes pouco representativos. Foi no bojo dessa reação que se optou pelo fortalecimento da jurisdição constitucional(ROMBOLI, 2015, p. 42).

A valorização das constituições rígidas, na Europa, leva inevitavelmente ao controle de constitucionalidade e à interpretação do ordenamento jurídico de acordo com os termos constitucionais, o que amplia, evidentemente, o poder interpretativo do juiz. Ele não será mais o *bouche de la loi*, o aplicador autômato da lei, mas o aplicador da constituição, cujos termos muitas vezes abertos e principiológicos ampliam sobremaneira o espectro do hermeneuta.

Dessa forma, no Estado Constitucional, em decorrência da força normativa que a constituição passa a ter, surge a necessidade de uma instância de poder destinada a aplicá-la. Em diversos países do mundo, como é o caso dos Estados Unidos, do Brasil, do Canadá e de diversos estados europeus, latino-americanos e asiáticos, por exemplo, o poder judiciário assume proeminência.Essa proeminência é o embrião da judicialização da política e pode ou não conduzir ao ativismo judicial, que daquela é dependente.

Nesse contexto é que, como destaca LUQUE (2015), surgem as condições para efetivamente se falar em um "governo judicial", expressão que envolve alguns fenômenos: a) a constituição é incorporada ao ordenamento como norma superior vinculante, o que amplifica enormemente a função interpretativa do Judiciário; b) a desvalorização e fragmentação da lei como norma geral, o que também amplia a função jurisdicional no que diz respeito à escolha da norma a ser aplicada ao caso; c) o reforço da ideia de subordinação de todos os poderes ao Direito, como uma faceta do Estado de Direito; d) o aparecimento de direitos fundamentais plenamente eficazes e cuja aplicação fica basicamente atribuída ao poder judiciário; e e) o grande incremento do caráter prestacional desses direitos constitucionais, os quais cabe ao juiz efetivar.

Analisada neste capítulo a evolução do Estado Constitucional como uma das causas do crescimento da importância do poder judiciário, bem como um dos condicionantes do exercício da jurisdição constitucional, cabe analisar em seguida a superação do Juspositivismo e do Jusnaturalismo como causas do fortalecimento do controle de constitucionalidade.

CAPÍTULO 2. A SUPERAÇÃO DAS CONCEPÇÕES JUSNATURALISTA E JUSPOSITIVISTA. O FORTALECIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM O PÓS-POSITIVISMO

O Positivismo Jurídico se constituiu como proposta de confirmação do movimento jurídico que tentava atribuir caráter científico ao direito. No final do século XIX, desempenhou a importante função de superar as incertezas causadas pela aplicação da Teoria do Direito Jusnaturalista, que surgira como alternativa jurídico-moral aos excessos monárquicos e da nobreza.

O Positivismo Jurídico, atrelado ao modelo piramidal de ordenamento jurídico, abriu os caminhos para o sucesso do Constitucionalismo e do Tribunal Constitucional, ao menos no Direito Constitucional europeu e norte-americano e nos que foram por esse influenciados. Mas, especialmente a sua superação é que permitiu que o Constitucionalismo adquirisse as características da atualidade.

Como explica George Browne RÊGO (2009, p. 58), ao comentar os antagonismos entre o Pragmatismo e Positivismo Clássico, dois aspectos do Positivismo são importantes: a) o Positivismo é marcado pela ruptura epistemológica entre teoria e prática; b) as concepções positivistas propalam uma neutralidade moral (difícil ou mesmo impossível de ser encontrada na realidade).

Em decorrência dessas ideias, a concepção Juspositivista dava ênfase à ruptura entre o direito enunciado e a sua aplicação, o que deveria ocorrer pela forma (artificial) da subsunção silogística. Além disso, concebia-se um direito axiologicamente asséptico, depurado de qualquer carga valorativa.

De uma forma sistemática, DWORKIN (1978, p. 17) salienta as linhas mestras do Positivismo Jurídico, corrente epistemológica que concebe o Direito como o conjunto de regras válidas, as quais exaurem o seu conteúdo. Dessa maneira, o caso que não estiver claramente enquadrado na previsão legal não pode ser decidido pela aplicação da lei. Deverá ser exercido por uma autoridade, um juiz, utilizando-se da discricionariedade. Na expressão dworkiniana, esse é apenas o "esqueleto" do Positivismo. O "recheio" é composto de diferentes matizes.

Daí decorrem algumas ideias positivistas criticadas por DWORKIN (1978, p. 35/6): a) para os juspositivistas, os princípios não são vinculantes ou obrigatórios; b) mesmo que alguns princípios sejam considerados vinculantes, eles não podem determinar um resultado específico (DWORKIN argumenta que não determinam, mas influenciam); c) os princípios não podem ser vistos como Direito, pois a sua autoridade, e até mesmo seu peso, são congenitamente controversos; d) os positivistas insistem, ao menos em relação aos modelos inglês e norte-americano, que há separação entre direito e moral, o que DWORKIN não acha adequado (1978, p. 46).

De acordo com o pensamento dworkiniano (1978, p. *xi*), o Positivismo Jurídico rejeita a ideia de que os direitos podem preceder a legislação, bem como de que os indivíduos ou

grupos podem ter direitos em razão do julgamento de um caso, mesmo que não sejam explicitamente reconhecidos por regras jurídicas[6].

Quanto à separação que os positivistas fazem entre direito e moral, pode-se dizer que ela é artificial e que ao menos uma força age em sentido contrário. Essa força deriva do fato de que o juiz está tentando dar significação e expressão a valores públicos (esses estão corporificados em um texto legal) e que o seu entendimento de tais valores – "igualdade", "liberdade", "propriedade", "devido processo", "punição cruel" – é necessariamente moldada pela moralidade prevalente. O código moral é um prisma através do qual ele entende o texto legal (FISS, 1982).

Além dos três aspectos problemáticos do Juspositivismo mencionados acima, quais sejam, a assepsia moral, a desconsideração dos princípios como autênticas normas jurídicas e a concepção de que só existem os direitos reconhecidos pela legislação (o que aí não estiver é decidido discricionariamente), há um quarto aspecto que deve ser analisado e interessa mais de perto ao escopo deste trabalho: o controle de constitucionalidade é possível? quais os seus limites? Sobre esse aspecto é que mais nos deteremos neste capítulo.

Para a Escola Positivista, o papel do juiz constitucional é compatível com o princípio democrático, à medida que o controle por ele exercido se funda sempre sobre o direito editado pelos representantes do povo. Para a Escola do Direito Natural, aquela à qual oJuspositivismo se contrapõe, ele também é legítimo, mas por outra razão: obriga o legislador a respeitar os direitos naturais e imprescritíveis do homem.

Para defender o controle de constitucionalidade, o primeiro argumento positivista é que a inconstitucionalidade de uma lei se resume sempre, em última análise, a uma irregularidade de procedimento. Dessa forma, toda constituição reparte a matéria normativa, principalmente, em duas categorias hierarquizadas de lei: a legalidade constitucional, que diz respeito à competência do poder constituinte, e a legalidade ordinária, que concerne à competência do parlamento.

Assim, quando o legislador ordinário dispõe sobre um dos objetos atinentes à matéria constitucional, ou dá às leis um conteúdo contrário aos princípios de fundo postos pelo poder

[6] Para uma análise do tema, vf. também (BAHIA, NUNES e PEDRON, 2015).

constituinte, ele viola as regras constitucionais de repartição das competências. A sanção do juiz constitucional não é, então, jamais uma condenação de fundo, mas uma condenação de procedimento: a inconstitucionalidade da lei resulta da intervenção que o legislador ordinário fez sobre a matéria, ou de ter editado uma disposição que não estava em sua competência (ROUSSEAU, p. 549, 2010).

Assim compreendido como sanção das regras de procedimento, o controle de constitucionalidade das leis, na concepção positivista, não é contrário ao princípio democrático, não faz prevalecer a vontade ou a subjetividade do juiz sobre a vontade geral expressa pelos representantes eleitos da Nação. No entanto, é um controle de constitucionalidade incompleto, capenga, uma vez que não chega ao ponto da aplicação das normas e valores constitucionais por si mesmos.

Com efeito, segundo a concepção positivista, o juiz constitucional, de um lado, não faz julgamento sobre o valor intrínseco da lei, nem lhe aprecia a moralidade; ele se limita a dizer que à luz do conteúdo das disposições atacadas, o legislador ordinário não é competente para tomá-las. De outro lado, a inconstitucionalidade decretada pelo juiz por incompetência material não é jamais absoluta: uma vez que a norma é invalidada por vício de procedimento e não por seu conteúdo, ela pode ser sempre validamente reinserida no ordenamento, desde que seguido o procedimento correto.

Portanto, nesse cenário positivista, não cabe falar em efetivação judicial de valores constitucionais, tampouco em judicialização da política, problema contramajoritário ou ativismo judicial, como se explorará adiante neste trabalho.

O segundo argumento dos positivistas é que a inconstitucionalidade de uma lei se limita sempre, em última análise, a um procedimento que obriga os poderes constituídos a respeitar a vontade do poder constituinte. A distinção, clássica no direito constitucional, entre poderes constituídos, criados pela constituição para instituir, segundo um procedimento por ela definido, as competências que lhes hão sido atribuídas, e poder constituinte, criador dos poderes constituídos, ganha uma importância fundamental.

Essa distinção implica uma relação hierárquica entre os dois poderes, os poderes constituídos estando condicionados, subordinados ao poder constituinte originário, que os cria e lhes atribui as competências. Daí decorre necessariamente que o exercício do poder constituinte é a manifestação primeira e suprema da soberania popular.

Em consequência, quando o juiz constitucional censura o Parlamento porque ele não respeita as regras de forma, de procedimento ou de fundo postas pela constituição, ele não se opõe à soberania popular; ele proíbe somente que os poderes constituídos exerçam as suas competências fora e além das condições e limites definidos pelo poder constituinte. Nesse sentido, o controle da constitucionalidade das leis, longe de conter um atentado à democracia, é-lhe garantidor, uma vez que permite impor ao Parlamento e a todos os órgãos do Estado o respeito pela constituição, expressão suprema da vontade geral e da soberania popular (ROUSSEAU, 2010, p. 551).

Além disso, nessa linha, o Tribunal Constitucional é, ele mesmo, um poder constituído. A constituição se impõe a ele como aos outros poderes constituídos, e suas decisões não podem jamais prevalecer sobre a expressão da soberania nacional, consubstanciada na constituição. O controle de constitucionalidade das leis não pode servir de obstáculo a que as decisões de censura do juiz constitucional sejam postas em causa pelos representantes da nação ou do povo.

Esse mecanismo é, para a doutrina positivista, uma prova adicional de compatibilidade entre justiça constitucional e democracia, à medida que demonstra mais uma vez que o juiz constitucional não pode jamais se opor a ou atentar contra a expressão da soberania nacional. Essa pode sempre ter a última palavra contra as decisões do juiz constitucional (ROUSSEAU, 2010, p. 551).

Esse discurso positivista se opõe à argumentação inspirada pelo Jusnaturalismo. O primeiro argumento jusnaturalista é de que o controle de constitucionalidade das leis é a consequência natural dos caracteres universal, intangível e transcendente das liberdades e direitos do homem. Para essa Escola, quando os homens passam do estado de natureza ao estado civil, fundam a constituição do estado sobre as bases de uma ordem jurídica preexistente (ROUSSEAU, 2010, p. 552).

Assim compreendido como guardião dos direitos do homem, o controle de constitucionalidade, longe de ser contrário aos princípios democráticos, é a sua expressão suprema. De início, porque ele realiza a submissão efetiva e completa do Estado ao Direito (ROUSSEAU, 2010, p. 552).

Para KELSEN (2010), o Jusnaturalismo tem por característica principal a ignorância da diferença entre natureza e direito, ou, em outras palavras, entre as leis causais das ciências

da natureza e as regras de direito da ciência jurídica. Para o Jusnaturalismo, a relação de antecedente e consequente jurídico é decorrente da vontade de Deus e não de uma fórmula criada pela Razão.

KELSEN defende que a época do apogeu do Jusnaturalismo corresponde a um momento histórico de proeminência da filosofia metafísica e, como sistema político imperante no mundo ocidental, a monarquia absoluta. Com a ascenção da burguesia liberal ao poder no século XIX, ocorre uma clara reação à filosofia metafísica e ao direito natural.Essa reação é que, em um contexto de progresso das ciências e de crítica das religiões, promove a passagem do Jusnaturalismo ao Juspositivismo.

Para o Jusnaturalismo, o Absolutismo e o arbítrio estatal são impedidos pela existência prévia de um Direito que vem limitar a ação normativa do Estado e a existência de instituições jurisdicionais que obrigam os diversos órgãos do Estado a respeitar os princípios jurídicos superiores.

O Estado é, assim, limitado pelo direito, não porque ele se submeteria voluntariamente ao direito que ele mesmo teria criado – teoria da autolimitação – mas porque ele encontra acima e distinta de si mesmo uma realidade jurídica que o constrange – teoria da heterolimitação (ROUSSEAU, 2010, p. 552).

O segundo argumento jusnaturalista éque o controle de constitucionalidade das leis é a consequência lógica da exigência democrática moderna. Existem inúmeras definições da democracia, em particular aquela que a faz repousar inteiramente sobre a ideia de maioria. Mas essa concepção, que reduz a democracia ao simples poder da maioria, é cada vez mais considerada ultrapassada, e, em todo caso, insuficiente.

A representação democrática que prevalece hoje é aquela que inclui o respeito dos direitos do homem, implica a existência de direitos e liberdades em benefício dos indivíduos, dos grupos e das minorias, e supõe um sistema eficaz de sua proteção contra as decisões do poder majoritário (ROUSSEAU, 2010, p. 553).

Se são contraditórias em diversos aspectos, as doutrinas positivista e jusnaturalista repousam, com graus diferentes, sobre dois pressupostos: o juiz constitucional aplica as regras das quais ele não é senhor e, em consequência, ele não participa da formação da lei. Mas, não se pode deixar de notar de logo que esses dois postulados não dão conta dos fatos jurispru-

denciais, da realidade do trabalho jurisdicional. Assim, há de se buscar onde repousa a legitimidade do papel da Jurisdição Constitucional e, em particular, na nova noção de democracia que ele ajuda a definir (ROUSSEAU, 2010, p. 554).

O postulado sobre o qual se fundam, cada uma à sua maneira, as doutrinas positivistas e jusnaturalistas, é o de que nenhum dos poderes constituídos é senhor do significado das normas, uma vez que elas lhes são exteriores. Os poderes constituídos, incluindo o tribunal constitucional, nada acrescentam, nada criam. Apenas aplicam uma norma cujo significado é imposto e da qual é tão-somente porta-voz.

Como dito, essa concepção tem o enorme inconveniente de desconsiderar o trabalho jurisdicional, uma vez que, para aplicar uma disposição constitucional, o poder judiciário deve, inelutavelmente, construir o seu significado.

A segunda crítica endereçada a essas duas teorias, e mais particularmente à doutrina positivista, é de ser fundada sobre uma definição *a priori*, normativista ou essencialista, da democracia. A democracia repousaria, então, sobre dois princípios: aquele segundo o qual o exercício do poder político, e notadamente da função legislativa, pertence aos representantes eleitos do povo, e aquele segundo o qual toda instituição que dispõe de um poder político pode ver sua responsabilidade política em questão.

A partir dessa definição, constata-se que os juízes, não sendo nem eleitos nem responsáveis politicamente perante o povo ou uma outra instituição, não podem exercer uma função política. A demonstração toma, assim, a seguinte forma: se fosse de se considerar que o poder judiciário participa da criação do Direito, da elaboração das leis, seria necessário concluir que o sistema constitucional não é democrático; ou, ele é democrático e, assim, deve-se admitir que o poder judiciário não exerce uma atividade política (ROUSSEAU, p. 555/6).

Por isso é que, sobo Jusnaturalismo e o Juspositivismo, não surge a questão da compatibilização da justiça constitucional com a democracia. Ela não se coloca porque todo caráter político é negado à atividade do poder judiciário.

A partir dos anos 50, especialmente a partir de uma falsa percepção de que o Positivismo Jurídico havia contribuído para a ascensão do Nacional-Socialismo, a doutrina entrou em declínio e passaram a ganhar espaço teorias e escolas alternativas a ele.

Assim é que há um retorno aos valores, mas não mais nos moldes jusnaturalistas. As alternativas, diversas entre si, tinham em comum a crítica ao Positivismo e ao método científi-

fico aplicado ao direito e, principalmente, uma insatisfação quanto à separação entre direito e moral, mas sem significar o resgate do Jusnaturalismo, com a sua ideia de valores universais inerentes à condição humana e sobrejacentes aos ordenamentos jurídicos.

A crítica de KELSEN reside exatamente aí, pois afirma que a passagem da vontade à razão (do Jusnaturalismo ao Juspositivismo Exegético) não ocorreu de forma completa. Segundo ele, o direito passara a não ser mais considerado uma categoria eterna e absoluta e sim como um fenômeno condicionado pelas circunstâncias sociais. Mas, diz KELSEN, "a ideia de um valor jurídico absoluto não desapareceu totalmente. Subsiste na ideia moral de justiça, que a ciência jurídica positivista não abandonou". É contra esses resquícios que a Teoria Pura se insurge.

É importante salientar que o Positivismo Jurídico formalista de que se vem falando não é o Positivismo Normativista kelseniano (esse último guarda muito mais afinidade com o pós-Positivismo, uma vez que considera o elemento humano nas decisões judiciais, sendo a sentença concebida como uma verdadeira norma jurídica). Na verdade, aquela face do Positivismo Jurídico (formalista) tem uma identidade muito maior com a Escola da Exegese francesa e com as suas congêneres, do século XIX. Essas correntes, sim, estudavam o direito como uma análise da própria codificação – Positivismo Exegético-Formalista –, à qual os juízes estavam inelutavelmente vinculados. Ao magistrado era vedado o exercício hermenêutico; a sua figura era identificada com a do boca da lei ("bouche de la loi"). O Positivismo Normativista kelseniano se propunha a superar essa visão (RAMIRO e HERRERA, 2015).

Nessa passagem do Positivismo Exegético ao Positivismo Normativista, verificava-se o crescimento do poder regulador do Estado, nas primeiras décadas no século XX e o fracasso dos modelos sintático-semânticos de interpretação. Aparece, então, o problema da indeterminação do significado do Direito. O Positivismo Normativo se propôs a fazer a passagem da razão à vontade, a partir da incorporação de teses voluntaristas-axiológicas (STRECK, 2011, p. 169/70).

Esse retrato europeu e norte-americano em pleno debate demora a chegar ao Brasil, onde o Positivismo Jurídico, até a década de 1990, é a grande opção. No final dos anos 90, uma postura "pós-positivista" se fez perceber, com a implementação de um direito principiológico e de uma constituição aberta, interpretada por todos os juízes e por toda a comunidade jurídica, cada vez mais em voga no Brasil, como uma decorrência da influência do Direito Norte-Americano.

O Pós-Positivismo se apresenta, assim, como uma das armas epistemológicas para enfrentamento dos problemas jurídico-constitucionais contemporâneos. No entanto, apresenta algumas dificuldades, uma das quais, de fundamental importância, é a imprecisão do seu significado. Seria qualquer oposição ao Positivismo Exegético abrangida pela expressão Pós-Positivismo?

O Pós-Positivismo não se propõe a ser tão-somente uma corrente crítica do Positivismo. Pretende ser mais do que isso, atacando o cerne do problema. Propõe um conceito de direito diferente daquele proposto pelos positivistas, bem como daquele proposto pelos jusnaturalistas.

Na concepção pós-positivista, o direito não é dado transcendental, como o é para os jusnaturalistas, nem é posto pela razão, como propõem os positivistas. "A 'essência' do direito é ser constantemente construído, a partir de uma empreitada argumentativa. O direito é, portanto, um 'conceito interpretativo'" (OLIVEIRA, 2014).

Com efeito, na segunda metade do século XX, a concepção epistemológica do direito foi profundamente alterada. No aspecto teórico, como uma resposta aos totalitarismos do início daquele século, a estrutura formal centrada na lei deslocou o seu cerne para a decisão judicial, o que confere ao aplicador e ao intérprete uma maior liberdade diante dos conceitos abstratamente enunciados. Essa mudança teórica trouxe mudanças práticas, alçando a interpretação a uma condição elevada no conceito de direito.

Assim, o aspecto humano passa a ser considerado de grande importância na interpretação do direito, enquanto a concepção positivista centrava elevada importância na lógica formalista e abstrativista. O Positivismo eliminava a *práxis* do cerne da questão, o que não ocorre com o Pós-Positivismo. Essa corrente, a partir do momento em que enfoca a interpretação e a aplicação do direito, não pode fugir do caso concreto, tampouco do estudo da interpretação.

Dessa forma, o Pós-Positivismo representa a superação da concepção positivista do direito, significando que a ideia de que o direito é a lei está superada. Assim, o fenômeno jurídico passa a ser concebido de uma forma muito mais complexa, deixando a lei de ser a grande protagonista e cedendo passo à decisão judicial, bem como ao ordenamento jurídico como um todo, encabeçado por uma constituição forte e dotada de valores e princípios a serem efetivados na prática dos julgamentos e do exercício interpretativo cotidiano.

O Pós-Positivismo bebeu à fartura da fonte de KELSEN (2010).Com efeito, ele já dizia na Teoria Pura que as sentenças criam direito sob a forma de normas particulares. Em suas palavras (2010, p. 121):

> A *juris-dictio* ou "ato de dizer o direito" não tem o caráter simplesmente declarativo que sugerem esses termos e que afirmam certas teorias, para as quais o direito já se encontra totalmente contido na norma geral da lei e o tribunal não tem outra missão que não a de verificar a sua existência. A jurisdição tem, ao contrário, um caráter francamente constitutivo. É um verdadeiro ato criador do direito (...).

KELSEN desmistifica, outrossim, a ideia da única resposta correta, ao defender que a interpretação de uma norma, para ser digna desse nome, necessariamente contém o elemento volitivo, a vontade do intérprete. Assim, dizer que uma decisão está fundada no direito significa simplesmente que está "no interior do marco constituído pela norma, que é uma maneira de preenchê-lo, mas não a única" (2010, p. 131).

Agora, o sistema é dotado de valores, os quais estão nas leis, mas também nas constituições estatais. Junto às regras, existem também os princípios. Não mais aqueles princípios de baixa normatividade, como era próprio da concepção positivista clássica, mas princípios com uma força normativa tal capaz até de influir decisivamente na forma de interpretação das regras.

A superação do Positivismo Clássico conduz, assim, ao aprofundamento do controle judicial de constitucionalidade e ao fortalecimento do Estado Constitucional, com o inevitável fortalecimento do Poder Judiciário. O juiz, em um cenário pós-positivista, não é mais a "bouche de la loi", um aplicador autômato de leis a fatos, como pretendia a doutrina positivista, ou o aplicador de valores universais e supra-estatais, como pretendia o Jusnaturalismo.

O juiz é, sim, alguém que aplica o Direito, com toda a sua complexidade, envolvendo regras e princípios e que detém uma relativa liberdade para decidir o caso concreto, inclusive os conhecidos "casos difíceis". Nesse campo, é possível falar nos fenômenos do conflito contramajoritário, da judicialização da política e do ativismo judicial, temas que constituem a parte central desta tese.

CAPÍTULO 3. O NEOCONSTITUCIONALISMO

Ingressando agora no terceiro e último Capítulo da Parte I – na qual estão sendo analisadas causas importantes para a ascensão da importância do poder judiciário no mundo e seus

reflexos no Brasil –, trataremos do fenômeno denominado Neoconstitucionalismo e da sua repercussão em relação ao crescimento do papel do poder judiciário nas democracias contemporâneas.

Até este ponto foram analisadas as passagens do Estado do Direito ao Estado Constitucional (CAPÍTULO 1) e do Positivismo ao Pós-Positivismo (CAPÍTULO II) como fatores que contribuíram para o aumento da importância do poder judiciário, o que torna possível se falar em judicialização da política, ativismo e discricionariedade judiciais. No presente capítulo, serão analisadas as concepçõesneoconstitucionalistas como uma síntese e terceiro fator importante para o crescimento da importância da jurisdição constitucional.

Como demonstrado no Capítulo 2, no âmbito da teoria do Direito se assiste, nos últimos tempos, a uma nova reedição da clássica polêmica entre jusnaturalistas e juspositivistas, que, ao longo da história do pensamento jurídico, vêm discordando sobre o papel da moral, dos valores, dos princípios e da decisão judicial na própria definição de Direito.

O advento das ideias neoconstitucionalistas, com a valorização dos princípios constitucionais e de textos com tessitura aberta e, consequentemente, com uma hermenêutica nova adaptada a essa realidade, levaram à insuficiência do modelo positivista-silogístico de aplicação do direito (VALLE; SILVA; BRASIL; VIEIRA; SILVA; CAMARGO; TAVARES, 2012, p. 25).

Nas últimas três ou quarto décadas, a virada (“judicial turn”) que se iniciou na Europa após a II Guerra Mundial se espalhou pelo mundo, seja em democracias já estabelecidas, seja em democracias emergentes. Assim, a soberania do poder legislativo está em franco declínio. Paralelamente, o aumento de poderes dos juízes se tornou um lugar comum. Em muitos países, as cortes estão desempenhando um protagonismo na formação de políticas públicas que é inédito (HILBINK, 2006). Esse fenômeno aconteceu no bojo da teoria e do movimento denominado de Neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo, como teoria do direito, concebe um modelo de sistema jurídico de uma constituição “invasora”, em que se destacam três fenômenos: a) a positivação de direitos fundamentais; b) a onipresença de princípios e regras na constituição; c) particularidades na interpretação e aplicação da constituição em relação à interpretação e à aplicação das leis. Assim, aponta para a superação do estatalismo, do legicentrismo e do formalismo interpretativo (COMANDUCCI, 2002, p. 97).

O Neoconstitucionalismo almeja o afastamento das concepções do Positivismo Teórico e a transformação do Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito, sendo a sua principal arma de ataque ao Positivismo a presença dos princípios como critérios de interpretação (DALMAU e VICIANO, 2015).

Verificam-se, como consequência, alguns fenômenos que merecem destaque:

a) diluição de fronteiras entre as áreas do Legislativo e do Executivo;

b) reforço da separação, independência e relevância do poder judiciário;

c) reavaliação das relações entre política e jurisdição, com a atribuição ao poder judiciário do controle da administração e de alguns atos políticos em confronto com a constituição;

d) desenvolvimento de novos mecanismos de limitação efetiva do poder, como o encorajamento do pluralismo e o reconhecimento dos direitos da oposição e das minorias políticas, bem como do direito de alternância política.

STRECK (2011, 172/3) ressalta que o Neoconstitucionalismo, no Brasil, representa a superação no plano teórico-interpretativo do que ele chama de*paleo-juspositivismo*, sendo esse o Positivismo codificante e da interpretação meramente sintático-semântica da Escola da Exegese francesa.

Surgem novos paradigmas a partir dessas novas concepções, mas que levam a novas perplexidades e perguntas: como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair no decisionismo e na discricionariedade do intérprete, especialmente dos juízes?

As alterações mais importantes na compreensão constitucionalagrupadas sob o guarda-chuva doNeoconstitucionalismo, comentadas acima, podem ser sintetizadas em três aspectos distintos (BARROSO, 2005, pp. 22 e ss.; CAMBI, 2007): (i) histórico; (ii) filosófico e (iii) teórico.

3.1. Aspecto histórico

Sob o aspecto histórico, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram, a partir da 2.ª Guerra Mundial, na Europa, devendo ser salientadas a

Lei Fundamental de Bonn (1949), e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978).

A superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do Direito, resultou na compreensão de que o fenômeno jurídico deve ser entendido dentro das respectivas *relações de poder*, sendo intolerável que, em nome da "vontade do legislador", tudo o que o Estado fizesse fosse legítimo. Assim, estreitam-se os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum e interesse público são informados por relações de poder.

Os reflexos das alterações constitucionais, ocorridas na Europa, foram sentidas, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito.

3.2. Aspecto filosófico

A identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma dessa como expressão da "vontade geral", foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da constituição.

Pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. Esta tendência é denominada de Pós-Positivismo (o aspecto epistemológico do Neoconstitucionalismo e do qual se falou acima de forma autônoma, dada a sua importância).

Dessa maneira, constitui verdadeira peça de museu o artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973, ao asseverar que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei e que no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Com efeito, o ato de julgar, como se viu no Capítulo 2, éconcebido como um ato de criação do direito, em que a lei é apenas um dos elementos considerados. Essa concepção, de certa forma, serviu de catalisador para o ativismo e a excessiva discricionariedade judiciais. Assim, abre-se a ocasião para a jurisdição constitucional "criativa", a partir de três elementos:

(i) a superação do dogma dezenovista do juiz vinculado à lei; (ii) advento da ideia do juiz vinculado à constituição; e (iii) maior densidade semântica das normas constitucionais. Todos esses fatores convergiram para a ideia de que é impossível extrair conceitos unívocos da constituição, o que impõe a concretização constitucional a partir da interpretação dada pela corte ou tribunal constitucional (BATISTA Jr., 2011, pg. 81).

3.3. Aspecto teórico-jurídico

Sob o aspecto teórico-jurídico, o Neoconstitucionalismo pode ser caracterizado por três elementos: (a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; (b) a expansão da jurisdição constitucional; (c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

3.3.1.A força normativa da Constituição

Afirmar que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. O reconhecimento da força normativa da constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, sob o qual se visualizavam *normas constitucionais programáticas*, que seriam simples declarações políticas.

José Joaquim Gomes CANOTILHO (2003) bem resume essa ideia, bebendo da fonte de Garcia de Enterría, ao asseverar que "em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às 'normas programáticas', deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre 'norma jurídica' actual e 'norma programática' (*aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são actuais".

3.3.2. Expansão da jurisdição constitucional

O estudo da jurisdição constitucional nunca esteve tão em pauta quanto agora e isto se explica, primeiro, pelo fenômeno da *expansão de litigiosidade*, vivenciada nas últimas décadas, decorrente da *ampliação do acesso à justiça*. Como exemplos, a simplificação do acesso ao Poder Judiciário, após a criação dos Juizados de Pequenas Causas, transformados pela CF/88 em Juizados Cíveis e ampliados para as esferas criminal e federal.

A tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por sua vez, permitiu que as questões sociais juridicamente relevantes fossem resolvidas de forma mais adequada e rápida. O *judicial review* aproxima o direito da política, permitindo que ações governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário.

Como última barreira à atuação do Poder Judiciário, impõe-se o mito do *legislador positivo*, pelo qual o juiz pode, nos moldes do pensamento iluminista, apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador negativo, declarando a inconstitucionalidade de uma lei contrária à constituição e sem ampla liberdade para a concretização de direitos. No entanto, esse mito já está em franca desconstrução.

3.3.3. Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional

A falência do Positivismo Jurídico, marcada pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompeu o método silogístico, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Tal movimento foi incentivado pela *constitucionalização* dos direitos materiais e processuais fundamentais, retirando dos códigos e, portanto, do direito infraconstitucional, o núcleo hermenêutico do intérprete.

A compreensão da lei com base na constituição expressa outra configuração do Positivismo, que pode ser qualificada de Positivismo Crítico ou de Pós-Positivismo, porque submete a lei a princípios materiais de justiça e aos direitos fundamentais.

Desenvolveu-se a força normativa dos princípios para outorgar força normativa a estes, ampliando, por conseguinte, a efetividade da constituição. Os princípios deixam de ter aplicação meramente secundária como forma de colmatar lacunas (tese do "Positivismo inclusivo" ou "moderado") para atuar como protagonistas na interpretação jurídica, de modo a superar as correntes teóricas que ainda sustentavam um direito formado apenas pelas regras escritas, vistas como únicos preceitos dotados de juridicidade. O texto constitucional aparece como fundamento de qualquer atividade hermenêutica.

A nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas revitalizou a hermenêutica jurídica, ressaltando a teoria dos princípios. Isso possibilitou encontrar um meio-termo entre a *vinculação* e a *flexibilidade*, buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais.

Com efeito, o Constitucionalismo contemporâneo e a interpretação não podem deixar de considerar princípios hermenêuticos de indiscutível relevância, sendo eles normas coordenadas e interrelacionadas com as regras do sistema, em um mútuo condicionamento (JIMÉNEZ, 2014).

Quanto a esse ponto, o conflito contramajoritário ganha um enfoque específico se se admite o pressuposto pós-positivista de que o juiz não aplica o direito, mas, na verdade, é também agente de sua criação e modificação. Um modelo simples de decisões judiciais diria que casos fáceis são cobertos por regras já existentes, enquanto casos difíceis envolvem lacunas na lei, espaço no qual os juízes exercem a discricionariedade, criando novo direito de forma semelhante a como o fazem os legisladores.

Na concepção neoconstitucionalista, o juiz sempre ou quase sempre é criador do direito, que deve ser aplicado em sua integridade ao caso concreto e que, por isso mesmo, sempre ou quase sempre demandará interpretação.

A "moderna interpretação da Constituição" deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal. Redundou, assim, na busca do sentido mais profundo das constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do direito com a sociedade.

Como ressalta BONAVIDES (2007, p. 477), "Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz (...)".

A "concretização" e a "compreensão" apenas se viabilizam em vista de um problema concreto. Assim, a atribuição do conteúdo da norma e a sua aplicação ao caso são um único processo. Não há a distinção entre a interpretação do texto em uma primeira fase e, posteriormente, a sua aplicação ao caso concreto. Assim, "o método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a "compreensão prévia" do intérprete e o *problema concreto a resolver*" (BONAVIDES, 2007).

A técnica da subsunção (ligada ao Juspositivismo) – que o Neoconstitucionalismo entende superada – é entendida como uma operação de "encaixe entre conceitos", ou seja, deve existir uma identidade conceitual entre o enunciado abstrato e o evento concreto. Assim,deve-se distinguir a subsunção da concreção (técnica do pós-Positivismo e do Neoconstituciona-

lismo), afirmando que a subsunção ocorrerá quando a linguagem da norma for mais rígida, oferecendo, assim, elementos abstratos dotados de clareza suficiente para a determinação do sentido da norma. Já outras normas têm linguagem aberta, o que impossibilita a delimitação do seu conteúdo e sentido caso sua análise seja isolada, dissociada dos elementos fáticos(ÁVILA, 1997, p. 413).

Nesse ponto, é importante fazer um registro de nossa discordância de ÁVILA, pois nos filiamos ao entendimento segundo o qual qualquer norma só poderá ser interpretada diante de circunstâncias fáticas. Veja-se, por exemplo, o conceito de casa (a casa é asilo inviolável do indivíduo), que o Supremo Tribunal Federal entendeu que se refere não só a residência, mas também, por exemplo, ao local em que se exerce uma profissão (STF, 2000).

Assim, ao interpretar a Constituição, deve-se navegar entre a fidelidade ao passado e as necessidades do presente, entre o geral e o particular, e entre o abstrato e o concreto (FARBER e SHERRY, 2009, p. 23). Todavia, a moderna metodologia de interpretação da constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político e levou, assim, à redução da consistência jurídica da Constituição ou, até mesmo, "a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração" (BONAVIDES, 2007, p. 484).

Por essa razão é que essa hermenêutica tem sido criticada como uma volta à interpretação subjetivista, o que, certamente, representa um risco para o Estado de Direito e para a Democracia (STRECK, 2012, p. 38 e ss.). Com efeito, a moderna hermenêutica, uma vez que o conteúdo da constituição será construído na prática da jurisdição constitucional, conduz inevitavelmente a esse sentimento de insegurança. Surge a preocupação de que o juiz constitucional venha a usurpar a função do constituinte e do legislador. Há um receio quanto à perda da "função estabilizadora da Constituição" (BONAVIDES, 2007, p. 485).

Não se pode negar que principalmente em países de democracia e instituições ainda em construção, esse perigo é ainda mais preocupante, pois a sociedade e o Estado são dotados de mecanismos frágeis de controle dos excessos judiciais.

Com a finalidade de limitar a prevalência da vontade no processo interpretativo, muitos constitucionalistas, como é o caso de Cristina QUEIROZ (2000, p. 19), têm defendido que é necessário construir uma Teoria da Constituição, um "discurso sobre o método" (*juristische Metodik*), um conceito conjunto que "compreende uma dogmática jurídica, uma metodologi-

a". Assim, a interpretação visa não a um fim qualquer, mas a um fim correto, justo e adequado.

No entanto, como teremos oportunidade de demonstrar ao longo desta tese, não é exatamente esse o nosso entendimento. Pensamos que as diversas teorias e métodos de interpretação, apesar de servirem como um certo parâmetro, não impedem o subjetivismo, a vontade, porque o subjetivismo e a vontade são inerentes a qualquer interpretação. A objetividade, para a concepção aqui adotada, não estaria ligada à ausência do elemento pessoal do julgador, mas, sim, à consagração judicial dos fugidios e difusos valores sociais.

Como demonstraremos neste trabalho, os controles mais eficazes das decisões judiciais não são controles *a priori*, mas controles *a posteriori*, que só podem ser exercitados após a prolatação da decisão judicial.

PARTE II – AS CONSEQUÊNCIAS DO "EMPODERAMENTO" (*EMPOWERMENT*) DO JUDICIÁRIO

Na PARTE I da presente tese, com os seus três capítulos, se demonstrou que o poder judiciário goza, hoje, de um prestígio e de um poder efetivo talvez nunca experimentados na história. Demonstrou-se, outrossim, que esse fenômeno tem diversas causas, entre as quais a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, a passagem do Positivismo ao pós-Positivismo e a consolidação das ideias neoconstitucionalistas, que sedimentaram a concepção da interpretação e do ato de julgar como criadores do Direito, bem como a fundamental relevância dos princípios jurídicos nesse processo.

Vistosesses aspectos na Parte I, agora, na Parte II, serão analisados alguns dos efeitos do efetivo "empoderamento" (*empowerment*) do judiciário, notadamente a judicialização da política, o problema contramajoritário e o ativismo judicial.

Esta PARTE II é composta, assim como a PARTE I, de três capítulos, os quais abordarão a judicialização da política (Capítulo 4), o problema contramajoritário e a legitimidade do Judiciário (Capítulo 5) e, para finalizar a Parte II, o ativismo judicial (Capítulo 6).

CAPÍTULO 4. CONTEXTUALIZANDO A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como demonstrado na PARTE I desta tese, aspassagens do Estado de Direito ao Estado Constitucional e do Positivismo ao Pós-Positivismo, bem como o advento das ideias neoconstitucionalistas levaram as democracias no mundo a desenvolver diversas formas de controle de constitucionalidade, fortes ou fracas, na esperança de, assim, melhor defender os direitos fundamentais. Por isso, muitas democracias investiram e investem o judiciário com o poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Como bem destacam EPSTEIN, KNIGHT e SHVETSOVA (2001), antes da Segunda Guerra Mundical, poucos estados europeus tinham cortes constitucionais, e praticamente nenhuma delas exercia um controle de constitucionalidade significativo. Depois de 1945, a mudança foi radical. A antiga Alemanha Ocidental, a Itália, a Áustria, Chipre, Turquia, Iugoslávia, Grécia, Espanha, Portugal e até mesmo a França criaram tribunais com o poder de anular atos legislativos que afrontassem as normas constitucionais. Muitos desses tribunais vêm desempenhando um papel significativo e, até mesmo, poderoso[7].

Há duas ou três décadas, a literatura jurídica vem registrando um papel de protagonismo que vem sendo desempenhado pelas cortesno sentido de assegurar a supremacia das normas constitucionais e da democratização ao redor do globo.

Essa expansão do poder jurisdicional (ou judicialização da política) suscita questões que merecem uma análise detida e que ainda não foram suficientemente respondidas. Por exemplo, apesar de muito se ter estudado o fenômeno, sabemos muito pouco sobre o grau de politização do judiciário nos diversos países; como os juízes decidem; como, se e em que grau aquelas decisões são efetivadas; como os cidadãos comuns influenciam os tribunais, se é que os influenciam; ou, ainda, qual a importância das cortes para as instituições e a sociedade[8].

É certo que apenas um estudo não pode responder a todas essas indagações de uma forma satisfatória. O que faremos neste Capítulo 4é tentar responder à pergunta: qual é o papel que as democracias modernas estão reservando para opoder judiciário?

Certo é que, no exercício do seu mister de guardião da Constituição, o poder judiciário tem muitas vezes exercido uma atividade quase que legislativa, participando de decisões políticas, uma área anteriormente monopolizada por representantes eleitos e seus subordinados.

---

[7]Sobre a evolução do controle de constitucionalidade, cf. também PIZZORUSSO (2015).

[8]Sobre o tema da judicialização da política e o federalismo, cf. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (2009), especialmente o Capítulo III – Jurisdição Constitucional e Federação.

Como ressalta SHAPIRO (2013, p. 380), "o exercício do controle de constitucionalidade certamente envolve algum grau de legislação judicial".

Os cidadãos, empresas, governos e os próprios parlamentares podem acionar os juízes para resolver questões ácidas que eles não podem ou não querem assumir o desgaste de resolver – um fenômeno chamado judicialização da política, cujo ritmo se tem acelerado a um ponto em que as democracias modernas, na visão de parte da literatura constitucional, estão se tornando verdadeiras "Juristocracias"[9].

Por muito tempo, a constituição foi pensada em bases montesquianas de separação do poder, em que era central a ideia de que a liberdade pública não prosperaria "se o mesmo homem ou o mesmo corpo de príncipes, ou de nobres, ou do povo, exercesse os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes dos particulares" (MONTESQUIEU, 2014, Livro IX).

Uma justificação óbvia para a adoção do *judicial review* é que o congresso é interessado diretamente quando ele define o seu próprio papel. Os membros do congresso têm interesse em expandirsua esfera de poder. As decisões que eles tomam serão moldadas e possivelmente distorcidas pelo seu interesse próprio (TUSHNET, 1999). Assim, como contraponto, o controle judicial de constitucionalidade e a judicialização da política, que podariam os excessos do legislativo[10].

Nesse movimento, os defensores da expansão do poder das cortes se calcam em dois fortes argumentos:o isolamento político do judiciário e a sua vinculação à argumentação jurídica. Assim, a sua relativa independência em relação a partidarismos, bem como a obrigação de manter uma argumentação racional e coerente conferem confiabilidade às interpretações judiciais, ao menos legal e possivelmente moralmente. Especialmente quando o judiciário está preparado para lidar com as violações de direitos, bem como para assegurar uma ampla base probatória e de informações e é requisitado a dar as razões de decidir (LANGFORD, 2015).

Esse impasse conduz a uma mudança de perspectiva, passando-se da constituição-separação de poderes à constituição-garantia dos direitos. Certamente, a noção tradicional de

[9]Na expressão de Oscar Vilhena VIEIRA, "Supremocracia" (VIEIRA, 2008). Como explica VIEIRA, o termo *Supremocracia* tem duplo sentido. "Em um primeiro sentido, o termo *supremocracia* refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. (...) Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes."

[10] Vf. também sobre o assunto LOVELL and LEMIEUX, 2006.

constituição compreende também o enunciado de direitos, mas a redação prévia dos direitos em uma declaração solene não é o que institui uma constituição. Na verdade, o conteúdo da constituição decorre da proclamação e da efetivação de direitos por uma instituição própria para esse fim que exercite a jurisdição constitucional.Quando os direitos são enunciados por uma corte constitucional, de uma parte, a lista das liberdades se alonga com cada decisão que consagra um novo princípio constitucional; de outra, o respeito a eles é assegurado pela sanção jurisdicional (ROUSSEAU, 2010, p. 540).

O controle judicial de constitucionalidade inaugura, assim, um novo modo de "funcionamento" democrático: antes dele, a vontade dos representantes prevalecia sobre aquela do povo, do fato da confusão, da identificação e, portanto, da substituição daqueles por esse. Com o controle judicial de constitucionalidade, a soberania popular está em posição de prevalecer, pois ela dispõe de um meio, o tribunal constitucional e o poder judiciário em geral, que lhe permitem expressar sua vontade contra a pretensão dos representantes.

O progresso democrático representado pelo controle de constitucionalidade consiste, assim, em permitir reintroduzir, no interior da lógica da democracia representativa, o princípio da democracia direta: a impossibilidade prática da expressão direta da soberania popular conduziu ao surgimento das instituições que a representam; mas, essas podem ter a tendência de "trair" ou expressar "mal" a vontade do povo.

Assim, verificando que as leis das instituições representativas dizem respeito à constituição como expressão da soberania popular, o controle judicial de constitucionalidade contribui para restabelecer a submissão da vontade representativa a essa mesma soberania.

Dessa forma, geograficamente, o poder judiciário não se situa nem na mesma linha nem em uma linha paralela àquela das instituições parlamentar e executiva, mas em um outro espaço. Assim, o parlamento e o executivo dizem respeito à sociedade política, enquanto o poder judiciário diz respeito ao espaço público.

O poder judiciário estaria, assim, na articulação dos espaços político e público, promovendo uma nova relação constitucional entre esses ambientes, uma nova relação constitucional entre as duas "sociedades", impondo o respeito aos direitos dos governados por parte dos órgãos do Estado.

É nesse sentido que Dominique ROUSSEAU fala no "declínio das figuras tradicionais da democracia" (2010, p. 543). A primeira figura da democracia moderna é aquela do representante, do parlamentar. Assim, passa-se da vontade do príncipe, apoiado no direito divino, à vontade geral, apoiada na razão. Nesse ponto, invoca o art. 6.º da Declaração de 1789: "a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer à sua formação diretamente ou por seus representantes". A rejeição da democracia direta abriu espaço à democracia dos representantes.

Essa figura da democracia, o representante, entrou em declínio com o passar do tempo. O parlamentar e o parlamento perderam prestígio e crédito. Diz-se hoje que eles exprimem, acima de tudo, a vontade de seu partido antes mesmo da vontade da nação, que a lei responde precipuamente aos imperativos eleitorais em detrimento dos imperativos da razão, que os sindicatos, as associações, os grupos de pressão são frequentemente representantes mais eficazes e influentes que os parlamentos, que a disciplina majoritária esteriliza a deliberação legislativa, e que o jornalismo substitui eficazmente certas funções parlamentares, como expressar o estado de espírito do povo, informar e formar pelo debate público os cidadãos, bem como controlar a atividade dos governantes (ROUSSEAU, 2010, p. 544).

Na nossa realidade de democracia ainda em formação, própria de uma sociedade periférica, o papel da corte se reveste de ainda maior importância na efetivação dos direitos constitucionais, considerando que entre nós a sociedade ainda não tem um nível satisfatório de organização, tampouco a imprensa atingiu níveis aceitáveis de maturidade.

A segunda figura da democracia moderna é a do funcionário, do tecnocrata. Ele aparece nos anos 1930, no momento em que a racionalidade democrática se redefine a partir das novas exigências de eficácia e de justiça social. E a valorização desses critérios conduz, naturalmente, ao crescimento do poder da administração, instituição vista como a mais capaz de satisfazer essas novas aspirações democráticas (ROUSSEAU, 2010, p. 545).

Assim, ao Estado parlamentar, que devotava um culto à razão filosófica, sucede o Estado-Providência. O desenvolvimento do bem estar econômico, social e cultural para todos não privilegia os problemas político-ideológicos, mas as questões técnicas às quais somente os especialistas são capazes de responder. Assim, a ascensão da razão científica expurga das decisões todo o elemento subjetivo e ideológico, e assegura aos cidadãos a neutralidade e a eficácia desejadas.

Por sua vez, em meados dos anos 1970, essa figura da democracia moderna entra em crise. A crença na infalibilidade do Estado guiado pela razão científica progressivamente se frustra com a tomada de consciência de sua incapacidade de fazer face à crise econômica, a manter o crescimento e a garantir a todos uma proteção social.

Dessa forma é que, ao fim do século XX, a razão está desprovida de todas as suas pretensões. Os descaminhos políticos aos quais ela está associada – por exemplo, os estados totalitários – afasta, definitivamente, a ideia de que a razão é a mola mestra da democracia. Entra em cena, então, uma outra noção, a ética, e traz-se à baila um outro personagem, o juiz.

Dessa forma, evolui-se à concepção de que a razão merece prestígio, mas sob condição de que seja ajustada ao sentido e ao valor da ação, que ela seja posta sob a crítica da razão instrumental. Assim, a exigência democrática pode se reconstruir sobre a base da razão prática, a razão axiológica, *i.e.*, aquela que submete a legitimidade das ações à sua conformidade, aos valores e à ética nas quais a sociedade se reconhece e se identifica.

Uma tal reconstrução da razão implica, na ordem política, uma reconstrução do equilíbrio entre as instituições que favoreça e valorize aquela que melhor corresponde ao novo imperativo ético-racional: a instituição jurisdicional (ROUSSEAU, 2010, p. 547).

Assim é que, a partir do início do século vinte, os tribunais se tornaram atores versáteis na governança de muitas democracias constitucionais, e os juízes passaram a desempenhar diversos papéis na política e na elaboração de políticas públicas. Tribunais com participação política têm surgido em novas democracias desde a Coréia até a África do Sul, passando pelo Brasil e diversos outros países; os tribunais em democracias mais consolidadas, tais como o Canadá e a Nova Zelândia têm recebido ou assumido mais poder para proteger direitos individuais e invalidar políticas governamentais; e o Tribunal Europeu de Justiça e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos têm assumido papéis de extrema importância na governabilidade europeia (KAPISZEWSKI; SILVERSTEIN; KAGAN, 2013, p. 1).

Deve-se notar, por outro lado, que o poder político dos tribunais tem avançado mas, também, retrocedido. Constitucionalistas têm notado que em muitos países latino-americanos os juízes não estão traçando o caminho para uma democracia constitucional robusta da maneira que muitos esperavam. A Corte Constitucional Húngara, outrora saudada como uma das novas cortes constitucionais mais expressivas, teve as suas asas cortadas menos de uma década depois da sua criação. Tem havido um constante contramovimento em relação à crescente

autoridade da Suprema Corte em Israel. E, nas últimas duas décadas, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem prolatado diversas decisões que limitam o acesso aos tribunais para discutir decisões governamentais e políticas (KAPISZEWSKI; SILVERSTEIN; KAGAN, 2013, p. 1/2).

Na verdade, judicialização da política é uma expressão de significado fluido e fugidio. No entanto, há um núcleo rígidoque diz respeito à expansão do poder judiciário no domínio das políticas públicas outrora deixadas para os poderes executivo e legislativo. Além disso, há um acordo de que esse tipo de "empoderamento" dos tribunais normalmente vai de mãos dadas com uma interpretação assertiva da constituição que expande ou cria novos direitos individuais (COUSO, 2010, p. 142).

Assim é que questões espinhosas em vários países vêm sendo levadas ao Judiciário. Nos Estados Unidos, por exemplo, casos como *Brown v. Board of Education* (dessegregação nas escolas) e *Roe v. Wa*de (direito ao aborto) são apontados como produtores de grandes mudanças sociais. Não se esqueça do recente*Obergefell v. Hodges*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que qualquer lei que impeça o casamento de pessoas do mesmo sexo é inconstitucional.

É certo que os litígios estão espraiados em todos os recantos das democracias contemporâneas, nas escolas, nas empresas, nos espaços públicos, nas vidas privadas e, pode-se dizer, em quase todos os aspectos do governo e da elaboração de políticas públicas. A resolução judicial de conflitos, em tempos recentes, vem transformando o financiamento de campanhas políticas, as compras de seguros de saúde, os casamentos, eleições presidenciais *etc*. (BARNES and BURKE, 2014).

O poder judiciário tem, ainda, desempenhado papel de fundamental importância em relação a contendas sobre os direitos civis, aborto, o meio ambiente, a reforma dajustiça criminal, tornar a sociedade mais acessível a indivíduos com algum tipo de incapacidade, entre diversas outras.[11]

---

[11]Logo, quando o Tribunal Constitucional concretiza esta opção constituinte na resolução dos casos judiciais que é chamado a decidir está, inevitavelmente, a *meter-se na política*, mas não pode deixar de o fazer. Podia procurar escapar à opção constitucional, desvalorizar os direitos sociais, considerá-los direitos de *segunda classe* – como faz a generalidade dos críticos – mas, aí, não deixaria, em qualquer caso, de *fazer política*. Estaria, apenas, a faer uma *outra* política que teria, todavia, uma desvantagem: seria uma *política* contrária à opção da Constituição e, enquanto tal, inadmissível por parte de um Tribunal Constitucional. Esse, sim, seria um Tribunal Constitucional *ativista*, na medida em que *construía* e aplicava uma Constituição diferente da aprovada pela Assembleia Constituinte (NOVAIS, 2014).

Nas duas últimas décadas, também a América Latina tem experimentado uma larga medida de judicialização da política efetivadora de direitos, tanto no nível nacional quanto no nível internacional, o último no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.Nesse sentido, verificam-se alguns fenômenos, como a introdução de tribunais constitucionais (Chile em 1981; Colombia 1991; Peru 1993; Bolívia 1998; Equador 1996), a concessão de amplo poder de controle de constitucionalidade a altas cortes (Costa Rica 1989; Brasil 1988), a incorporação de mecanismos jurisdicionais com o objetivo de prover a possibilidade de judicialização aos direitos fundamentais constitucionais (Chile 1976; Argentina 1994) e a emergência de estruturas de apoio facilitadoras do acesso de grupos crescentes de cidadãos nos tribunais (COUSO, 2010, p. 142).

Como consequência, os juízes estão desempenhando um papel de crescente importância no delineamento das políticas públicas na América Latina contemporânea. Na Costa Rica, os tribunais têm formatado políticas públicas desde competição na área de telecomunicações até regulação de pesca; e, no México, os tribunais têm tido uma participação em delinear políticas desde reforma previdenciária dos servidores públicos até a política industrial. Em suma, do Amazonas ao Rio Grande, o poder de as cortes influenciarem nas políticas é uma faceta crescentemente proeminente da vida política (TAYLOR, 2008, p. 1).

No Brasil, o Poder Judiciário tem moldado iniciativas políticas em praticamente todos os campos, desde a representação político-partidária até as privatizações. Há também os casos da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, as reformas previdenciárias, o casamento dos casais do mesmo sexo, a demarcação de terras indígenas, a reforma eleitoral, entre diversos outros assuntos de relevo político-econômico-social.

A preocupação em relação à expansão dos direitos parece particularmente urgente no momento em que vivemos. Em diversos países do mundo, vive-se uma era em que o congresso tem se tornado crescentemente disfuncional (BARNES and BURKE, 2014), o que contribui para a judicialização da política.

Mas, a judicialização da política não é sempre indesejável. Tomando aqui de empréstimo a lição de Jorge Reis NOVAIS (2014), um caso pode constituir, a uma só vez, uma questão jurídica (que compete ao Poder Judiciário) e uma questão política (que compete aos poderes políticos), sem que esse comportamente represente qualquer afronta à separação dos poderes. Ou seja, o mesmo problema pode ter duas dimensões, a jurídica e a política.

Por outro lado, percebem-se críticas no meio jurídico em relação ao "agigantamento" e ao "ativismo" judiciais (o ativismo será estudado em outro capítulo). Muitos dos críticos querem que o poder judiciário exercite o seu dever tradicional, ou as funções para as quais entendem que aquele poder é predestinado.Alguns juristas vêm defendendo que os juízes, inclusive do Tribunal Supremo, tentam maximizar os seus poderes e que, por isso, o *judicial review* pode, ao invés de garante, representar um atentado à democracia (TUSHNET, 1999).Segundo essa visão, a função mais importante das cortes é a resolução de conflitos. Os Tribunais são concebidos para resolver disputas de forma que os litigantes não recorram a soluções privadas, inclusive a violência, para reivindicar os seus interesses (TALMADGE, 1999).

Com efeito, em uma democracia, supõe-se que as leis são feitas pelo povo ou pelos seus representantes eleitos. Sabe-se, no entanto, que uma grande parte do direito, mesmo nas democracias, é feita por administradores não eleitos. Ao menos em teoria, no entanto, esses administradores estão sob o controle do executivo e do legislativo. Na medida em que juízes independentes e não eleitos findam por fazer o direito, surge um problema normativo.

É verdade, por outro lado, que o processo de refletir o desejo de uma maioria popular na legislatura é desviado por várias irregularidades de representação e por todas as formas de hábitos institucionais e características, as quais, provavelmente, tendem o mais das vezes à inércia. Um complicador muito mais importante é chamado de "interesses" ou de "grupos de pressão".

Professor Martin SHAPIRO (2013, p. 385), da Universidade de Berkeley, defende a teoria dos grupos de interesse, segundo a qual grupos que não dispõem de representação política suficiente no parlamento são, de alguma forma, representados no Poder judiciário. Isso tornaria o poder judiciário um poder, de certa forma, de representação política.

Não se deve esquecer, nesse contexto, que estudos comparados demonstram que os órgãos que exercem a jurisdição constitucional vêm, nas últimas décadas, assumindo competências adicionais, não mais apenas aquelas tradicionalmente ligadas ao controle de constitucionalidade, como, por exemplo, o julgamento de crimes imputados a altos funcionários, competências eleitorais, outras competências que interferem na atividade de outros órgãos cuja legitimidade está mais diretamente ligada à soberania popular (PANIZZA, 2015).

O mundo ideal é aquele em que os juízes defendem as minorias, as liberdades e, ao mesmo tempo, são deferentes em relação aos demais poderes. Algumas vezes, essas visões se

compatibilizam. Mas, os casos mais interessantes e complexos ocorrem quando existe uma tensão entre ambas e as cortes findam por invalidar atos dos demais poderes.

Observa-se, no entanto, que a combinação do arrocho orçamentário, da polarização partidária, de maiorias estreitas no Congresso e um governo dividido criam um vácuo de políticas públicas que os tribunais podem ocupar e efetivamente estão ocupando. Há uma sensação de que a litigância é a única opção viável para cumprir uma agenda política.

Dada a dinâmica do poder judiciário, não surpreende que as cortes estejam desempenhando papel importante na concepção de políticas públicas. Os diversos atores democráticos trazem cada vez mais disputas sociopolíticas complexas aos tribunais para uma solução definitiva. No julgamento de tais casos, os tribunais decidem resolver essas questões, mas faltam muitas vezes princípios articuláveis para dizer se o poder da corte deve ser usado.

A partir desses pressupostos, levanta-se a seguinte questão (ROSENBERG, 2011): as cortes têm legitimidade para participar de decisões a respeito de questões políticas tão relevantes? A judicialização da política não representa um atentado à vontade popular e à democracia?Esse será o tema CAPÍTULO 5 desta tese.

CAPÍTULO 5. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL E O PROBLEMA CONTRAMAJORITÁRIO

Como abordado acima, a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, do Positivismo ao Pós-Positivismo e o advento das ideias neoconstitucionalistas tiveram como efeitos básicos trazer a constituição para o centro de diversos sistemas jurídicos. Isso acarretou um reforço da força normativa da constituição, a qual precisava ser protegida e efetivada por meio do controle de constitucionalidade. Mas, a quem incumbiria realizar esse controle? Diversos sistemas no mundo optaram por entregá-lo ao poder judiciário.

5.1. O controle judicial de constitucionalidade e a democracia

De certa forma, já se tornou um lugar-comum dizer que o controle judicial de constitucionalidade foi inventado pelo Chief Justice norte-americano John Marshall em 1803, no julgamento de *Marbury v. Madison*.

Diferentemente de muitas tradições jurídicas norte-americanas, que são fortemente influenciadas pelo Direito Inglês, o controle de constitucionalidade foi uma invenção com poucos antecedentes na Inglaterra. No regime constitucional norte-americano há, em teoria, quatro potenciais contendores ao título de árbitro final da Constituição: o Congresso, o Presidente, os estados e os tribunais. Por razões históricas, cada uma das três primeiras opções foi rejeitada, deixando apenas os tribunais como intérpretes da Constituição (FARBER e SHERRY, 2009, p. 13).

Em ambiente europeu, um marco importante é a construção de Hans KELSEN, em seu artigo "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*?" (tradução livre: "Quem deve ser o guardião da Constituição?") (1930/1931), trabalho no qual defendeu que a Corte Constitucional deveria ser a guardiã da Constituição. Naquela formulação, KELSEN respondeu diretamente ao que havia defendido Carl SCHMITT em seu trabalho "*Der Hüter der Verfassung*" (tradução livre: O guardião da Constituição), no qual propugnava que o guardião da constituição deveria ser o Presidente.

Em seu trabalho, KELSEN sustenta, entre outros pontos, que o processo legislativo continua para além da promulgação da lei e se propaga até mesmo quando as questões envolvendo aquela lei chegam aos tribunais. Dessa forma, KELSEN entende a função jurisdicional como função também política e não meramente como uma função técnico-jurídica, uma vez que o judiciário não é um mero aplicador do direito já dado.Assim, uma vez que o juiz tem o poder constitucional de resolver conflitos concernentes à legislação, ou seja, o poder de julgar dentro dos limites de certas normas, ele recebe o poder da própria criação do direito[12].

Nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade passou por uma lenta evolução, especialmente desde a edição da Constituição, em fins do século XVIII. A ideia dos elaboradores daquela Constituição é que ela fosse a lei suprema do páis. No entanto, o controle de constitucionalidade americano (*judicial review of legislation*) não está expressamente previsto na Constituição, mas foi, sim, fruto de uma evolução secular na jurisprudência da Suprema

[12]Sobre algumas características do sistema kelseniano e o recurso de amparo, vf. TREMPS (2015).

Corte, da qual o julgamento do caso *Marbury v. Madison* foi um episódio de grande importância.

No continente Europeu, apenas no século XX, como dito, a partir especialmente da formulação de Hans KELSEN, foi concebido o modelo austríaco de justiça constitucional. Diferentemente dos Estados Unidos, em que a justiça constitucional é exercida por juízes comuns, a Europa seguiu um caminho diferente, a partir da outorga da jurisdição constitucional a um órgão específico, o Tribunal Constitucional.

Lastreada na construção de KELSEN, a Constituição Austríaca de 1920 instituiu uma Corte Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*), com competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis (PANIZZA, 2015, p. 63).

Esses dois grandes sistemas seminais ainda são, com algumas variações, as grandes matrizes dos modelos de controle de constitucionalidade contemporâneos na Europa, nas Américas e Oceania e, inclusive, em alguns países asiáticos, como no Japão, e do Oriente Médio, como é o caso de Israel (CARRILLO, 2015).

O controle de constitucionalidade brasileiro é tributário desses dois sistemas seminais, o norte-americano e o europeu. Mas, por que as constituições ao redor do mundo prestigiam o *judicial review*? Afinal de contas, por que uma maioria política entrega a uma outra instituição o poder de constrangê-la? E por que confia aos juízes essa tarefa? A onda recente de constituições ao redor do globo convida a uma análise sobre a lógica política do controle de constitucionalidade, começando com a questão fundamental: por que ela é adotada (GINSBURG, 2003)?

Independentemente de suas origens em um determinado regime ou das intenções de seus criadores, uma boa porção de países pelo mundo incumbiu o poder judiciário do exercício do controle de constitucionalidade, sendo os dois últimos exemplos a Inglaterra e a Noruega (KIERULF, 2015). Aqui, cabe a pergunta: por que tantos países no mundo autorizam que decisões políticas importantes sejam feitas por uma dúzia de juízes, até mesmo em estados autoritários?

A resposta para estados autoritários pode ser relativamente fácil e repousa sobre teorias bem construídas de organizações complexas. Organizações multifacetadas, como governos, dependem da hierarquia e especialização. O judiciário é uma hierarquia especializada destinada a prover um serviço social que os governados querem – solução de conflitos –, e deve pro-

ver esse serviço de uma forma que comunique e efetive políticas do governo central até a ponta da linha vice-versa.

Os tribunais são instrumentos particularmente bons para que o regime central controle as suas localidades não apenas porque eles prestam um serviço desejado pela população, mas também porque toda uma mitologia dos tribunais e juízes disfarça as suas funções de controle (SHAPIRO, 2013, p. 383).

O custo para que regimes autoritários exerçam esse tipo de controle, no entanto, é que, de forma a manter o mito, o regime deve realmente conceder um certo grau de independência aos tribunais. Uma questão crucial é: quando os juízes poderão e explorarão a aparência de independência que lhes foi dada por regimes autoritários para realmente colocar limites àqueles regimes, limites que os regimes podem se sentir obrigados a obedecer para manter a aparência de independência judicial que permaneça útil para eles, por exemplo em suas tentativas de atrair investimento estrangeiro (SHAPIRO, 2013, p. 383)?

Por outro lado, em estados democráticos ou em processo de democratização, o que explica a adoção do controle judicial de constitucionalidade das leis, considerando a sua faceta contramajoritária, ou seja, que o poder judiciário poderá até mesmo invalidar os atos dos demais poderes, cujos ocupantes são democraticamente eleitos?

A fórmula que exprimia a democracia em sua concepção antiga era "a democracia pela lei". Na nova concepção (pós-positivista e neoconstitucionalista), como explicado nos capítulos acima, é "democracia pela constituição". Assim, os Tribunais Constitucionais, embora existam em estados totalitários, passam a ser figuras-símbolo da democracia constitucional[13].

Por que os constituintes optam por incluir a previsão do controle judicial de constitucionalidade no texto constitucional em estados democráticos? Para responder a essa questão, deve-se começar analisando questões fundamentais sobre a constituição e sobre quem são os detentores dos interesses que ela reflete.

Desde Locke, os constitucionalistas têm concebido a constituição como um contrato entre os cidadãos e o governo. Imagina-se que os cidadãos empoderam o estado e desenvolvem um sistema de democracia constitucional como um mecanismo de satisfação de preferências individuais através da atuação coletiva. Esse instrumento nos habilita a colocar ques-

[13]O Professor Jorge Reis Novais tece interessantes argumentos que colocam o Tribunal Constitucional como elemento fundamental da democracia (2014).

tões sobre quais as instituições são mais garantidoras de uma sociedade justa ou que instituições melhor ajudam os cidadãos a resolver os seus dilemas coletivos.

A perspectiva contratualista faz uma analogia entre o esquema constitucional democrático e uma série de relações entre os agentes principais em que o povo confia nos agentes políticos como agentes capazes de satisfazer as suas demandas coletivas. Se é em benefício do povo que a constituição é criada, a atribuição de competências constitucionais deveria refletir a necessidade de monitorar e fiscalizar os seus agentes políticos. Assim, o controle judicial de constitucionalidade das leis existe apenas para impedir os políticos de renegar as demandas fundamentais dos cidadãos.

Essa perspectiva contratualista é criticada, no entanto, por autores que defendem a teoria do controle de constitucionalidade como seguro. Segundo os seus defensores, há diversas razões para suspeitar que o desenho constitucional não reflete os interesses dos cidadãos. Para eles, a configuração constitucional apenas refletiria o interesse dos cidadãos se os constituintes fossem eles próprios puros agentes desses cidadãos. Mas, esse não é o caso, uma vez que os cidadãos estão sujeitos a problemas de atuação coletiva que os impedem de se organizar para monitorar debates constitucionais (GINSBURG, 2003).

Sob tais circunstâncias, para essa corrente, os políticos que elaboram a constituição procuram desenhar instituições que os beneficiem, que beneficiem as suas instituições ou os seus interesses, mais do que aqueles dos cidadãos considerados de forma ampla. Argumentam que a elaboração de uma constituição é dominada por interesses imediatos dos constituintes mais do que por interesses de longo prazo dos cidadãos.

À luz dessas considerações, cabe perguntar por que políticos com fortes interesses próprios conceberiam um sistema de controle de constitucionalidade das leis. Embora os constituintes sejam sujeitos aos mesmos constrangimentos racionais que qualquer outra pessoa, a teoria assume que eles calculam cuidadosamente suas escolhas institucionais. As escolhas constitucionais tipicamente têm um grande impacto em resultados políticos subsequentes, de sorte que há fortes pressões sobre os seus elaboradores para escolher instituições e institutos que beneficiarão o seu eleitorado no futuro.

O argumento dado por GINSBURG (2003) para essa questão depende das perspectivas de poder dos constituintes no governo pós-constitucional. Considere-se que os constituintes são políticos que estão interessados em permanecer no poder após a edição de uma nova constituição. Segue que eles tentarão desenhar instituições que maximizarão a sua habilidade para governar sob a nova ordem constitucional. O elemento chave da perspectiva dos constituintes é a incerteza da configuração política futura ao tempo da edição da constituição.

A partir disso, dois cenários constitucionais extremos devem ser considerados. No primeiro, um único partido acredita que tem grande possibilidade de assumir o poder. Por conseguinte, ele tem pouco interesse em designar um árbitro neutro para resolver disputas sobre o significado da constituição. Para ele, seria melhor deter a flexibilidade de ditar soluções sem o constrangimento constitucional. A flexibilidade permite a mudança de políticas e a maximização do exercício do poder. A falta de instituições aptas a exercer um controle de constitucionalidade independente sob constituições autoritárias reflete o desejo de manter a exclusividade na interpretação constitucional.

Em contraste, imagine-se um segundo cenário. Nessa segunda hipótese, diversas forças políticas estão competindo pelo poder, nenhum partido pode ter a certeza de que continuará ganhando eleições futuras. Um desenho constitucional permitindo uma flexibilidade total para os vencedores nas urnas, como no modelo da soberania parlamentar, é muito menos atraente em um contexto de arranjo partidário difuso do que em um modelo de hegemonia de um único partido.

Enquanto os partidos com perspectiva de vencer as eleições prefeririam a flexibilidade, o partido com perspectiva de derrota preferiria o governo limitado. Os partidos de oposição querem minimizar as suas perdas. Eles também valorizam um fórum alternativo no qual podem desafiar as políticas majoritárias, porque não esperam vencer no legislativo. Quando o partido dos constituintes não pode dar a reeleição como certa e pode terminar como um partido de oposição, é preferível um fórum judicial no qual se pode confrontar os seus adversários políticos recém-empossados.

Essas considerações levam a uma previsão geral sobre o poder judiciário e direitos constitucionais: o acesso ao controle judicial de constitucionalidade será maior onde as forças políticas são difusas do que onde há um único partido dominante no momento da elaboração da constituição. Isso porque partidos dominantes são mais propensos a antecipar sucesso contínuo em eleições pós-constitucionais e, assim, a preferir instituições majoritárias. Onde as forças políticas são equilibradas ou dispersas, nenhum partido pode prever com segurança que ganhará as eleições pós-constituinte. Dessa forma, todos os partidos preferirão limitar a maioria e, por conseguinte, valorizarão instituições contramajoritárias, como é o caso do poder judiciário.

Esse modelo foi cunhado por GINSBURG (2003) de Modelo de Seguro do Controle de Constitucionalidade. Por servir como um fórum alternativo no qual se pode contestar a ação governamental, o controle de constitucionalidade provê uma forma de seguro para os futuros perdedores das eleições durante a elaboração da constituição. Assim como nos contra-

tos de seguro, a possibilidade do controle de constitucionalidade reduz o risco para aqueles constituintes que temem não vencer as eleições.

Existem, ao menos, duas objeções possíveis à teoria do seguro. Pode-se argumentar que outros instrumentos minoritários existem para substituir o controle de constitucionalidade, tais como procedimentos difíceis para emendar a constituição, podendo chegar até a instituição de cláusulas pétreas,o bicameralismo e a representação proporcional. Por que, então, o controle de constitucionalidade é tão atraente, mesmo para os que abraçam essa teoria?

Como uma forma de seguro, o controle de constitucionalidade é relativamente barato, porque pode ser exercido por um tribunal composto por poucos membros. Enquanto um tribunal, como os outros poderes, pode querer ampliar seu orçamento, é certamente mais barato do que, por exemplo, criar uma segunda casa legislativa que poderia servir de guardiã da constituição nos moldes de um outro sistema representativo.

Assim, o controle de constitucionalidade, na medida em que serve aos interesses dos constituintes no constrangimento às maiorias, é um minoritarianismo de baixo custo de manutenção. Isso pode explicar porque o controle de constitucionalidade pode ter sido adotado de maneira mais universal do que outras instituições minoritárias que poderiam servir aos interesses de futuros perdedores.

Uma outra razão por que o controle de constitucionalidade pode ser uma forma de seguro particularmente desejável é o contexto internacional das edições de constituições. Os constituintes não operam no vácuo, e há uma tendência internacional crescente para que as constituições incluam algum tipo de instituição para exercer a fiscalização constitucional.

O sucesso da instituição em um outro país aumenta a sua reputação. A submissão formal do poder político aos ditames do direito é uma parte do conjunto de instituições concebidas para expressar a ruptura com o passado. Em uma certa medida, assim como legislativos e executivos, o controle de constitucionalidade forma parte do “roteiro” em direção à modernidade e é adotado por razões de legitimidade externa e de lógica política interna. Embora outras instituições possam prover uma proteção tão boa às minorias, o controle de constitucionalidade tem uma reputação pelo minoritarianismo efetivo que faz com que os constituintes optem por ele.

Uma outra objeção potencial diz respeito à “emissão de sinais positivos”. Mesmo sendo o caso de um partido dominante controlar a elaboração de uma constituição, pode desejar prover um sistema de controle de constitucionalidade como uma forma de sinalizar sua séria intenção de proteger a constituição. Isso ilustra mais uma causa concorrente para o controle de constitucionalidade.

Sejam quais forem os problemas que eles busquem resolver, os constituintes enfrentam o desafio de tornar os seus compromissos críveis. O controle de constitucionalidade é uma resposta aos problemas de adesão às normas constitucionais. A partir da criação de uma instituição independente para resolver disputas que surjam a respeito da constituição, os constituintes sinalizam que eles levam a sério suas promessas.

O controle de constitucionalidade é, assim, uma forma de auto-adesão à constituição. Evidentemente, o sinal da auto-adesão só é efetivo na medida em que a ameaça do controle judicial de constitucionalidade é crível: o tribunal deve ter ao mesmo tempo poder e independência em relação ao controle político.

Independentemente da teoria que se adote para justificar o controle judicial de constitucionalidade, certo é que o judiciário, no exercício desse mister, assume um caráter notadamente contramajoritário. Não se pode desconsiderar que a jurisdição constitucional tem um papel importante para a preservação de valores constitucionais e que ele fortalece, em última análise, a própria democracia, embora defendendo, muitos vezes, as minorias.

É aí que surge o conflito contramajoritário: como é que poder judiciário, que não é democraticamente representativo, pode agir contrariamente às maiorias democráticas? Ou, em outras palavras: em que medida a legitimidade de um governo democrático repousa no acordo entre as pessoas, e em que medida repousa na obediência a seus princípios fundamentais?[14] É o que se explorará a partir de agora neste capítulo da tese.

5.2. O problema (ou conflito) contramajoritário

Apesar de todos os argumentos favoráveis e de sua ampla adoção no mundo, o controle de constitucionalidade tem sofrido uma crise de legitimidade em diversos países, inclusive no Brasil, como mencionamos no início do capítulo. A essa crise podemos chamar de "problema contramajoritário", tomando de empréstimo a expressão cunhada por BICKEL (1962). Esse problema foca no poder de juízes, que não são eleitos democraticamente, invalidarem decisões de um poder representativo da vontade popular pela via do *judicial review*.

O problema contramajoritário tem sido objeto de preocupação dos constitucionalistas há muito tempo. A expressão, cunhada por Alexander BICKEL em 1962, designa a tentativa

[14] Em um contraponto, explica GINSBURG (2003) que essa distinção é mais teórica do que prática, pois, segundo ele, o controle judicial de constitucionalidade e o próprio Poder Judiciário servem a interesses dos atores políticos, sejam eles da situação ou da oposição.

de se conciliar o controle judicial de constitucionalidade com a governança popular em uma sociedade democrática (FRIEDMAN, 1998, parte um). Ou, como bem sintetiza SHAPIRO (2013, p. 389): "O mais poderoso dos problemas do controle judicial de constitucionalidade é o problema de atingir um equilíbrio entre afirmações judiciais de independência e demonstrações de responsabilidade".

Isso porque o controle de constitucionalidade, segundo BICKEL, é uma força contramajoritária no nosso sistema. Quando o Poder Judiciário declara um ato legislativo ou a ação do executivo inconstitucional, frustra a vontade dos representantes do povo. Assim, o judiciário exercita o controle, não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela. Nesse sentido é que se pode dizer que o controle de constitucionalidade tem uma faceta antidemocrática (BICKEL, 1962).

Esse desafio normativo tem sido reforçado por estudiosos da democracia que argumentam que o poder judiciário se afirma exatamente em contraposição às instituições representativas. O *judicial review*, dessa perspectiva, seria não somente desnecessário para a democracia, mas, na verdade, suspeito (GINSBURG, 2003).

A linha de argumentação mais comum para resolver o problema dos tribunais em conflito com a representatividade é destacar o papel do controle de constitucionalidade como um contrapeso ao poder majoritário. Segundo essa concepção, o controle judicial de constitucionalidade pode facilitar o processo democrático retirando os obstáculos ao seu desenvolvimento. Esses obstáculos podem ser representados, por exemplo, pela imposição de maiorias no processo eleitoral. Servindo como uma instituição contramajoritária, o judiciário pode assegurar que as minorias permaneçam como partes do sistema, garatindo-lhes legitimidade e salvando a democracia de si mesma.

Por outro lado, em linha linha argumentativa diferente, pode-se adotar uma visão mais majoritária do constitucionalismo, que enfatiza a necessidade de empoderamento do processo majoritário, em lugar de restringi-lo. A democracia é, em seu cerne, debate e deliberação, segundo os majoritarianistas, e a função de uma constituição é, ao mesmo tempo, limitar e facilitar o debate.

A função do controle de constitucionalidade, ao fim das contas, é fornecer uma outra perspectiva sobre questões políticas questionáveis. Os juízes não são os últimos guardiães da constitucionalidade, mas apenas uma outra instituição governamental que ajuda a que se leve a efeito a deliberação através de diálogos institucionais com os demais poderes.

Os críticos do poder judiciário afirmam que a irresponsabilidade política dos juízes deveria privá-los do poder de invalidar leis. Esse poder pode apenas ser dado a representantes do povo, que são responsáveis perante eles.

Mas, esse argumentoé extremamente problemático. Primeiro, algumas constituições contêm previsões expressas de que o judiciário exerce o controle de constitucionalidade das leis. Segundo, se esse argumento estiver correto, os estados não deveriam fazer constituições. Afinal de contas, uma constituição não é um documento democrático, desde que nega, em algumas circunstâncias, o poder da maioria circunstancial.

Diante dessa preocupação com a legitimidade do poder judiciário, alguns constitucionalistas defendem que a solução para o problema contramajoritário seria um alto grau de autocontenção judicial, defendidas pelo que chamaremos aqui, utilizando-nos do termo de SUNSTEIN (2005, p. 45), de *majoritarianistas*.

5.3. A solução majoritarianista

Os *majoritarianistas* dão o "benefício da dúvida" aos demais poderes – reforçar as ações dos outros poderes, salvo se eles claramente violarem a constituição. Não querem que as cortes não se intrometam, mas, ao contrário, que deixem que os poderes eleitos façam como lhes aprouver.

A abordagem majoritarianista foi abraçada em um dos mais importantes ensaios em toda a história do Direito Constitucional no mundo, escrito pelo professor de Direito em Harvard James Bradley THAYER, em 1893, sob o título *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law* (2014).

Na tentativa de responder à pergunta por ele mesmo colocada, THAYER argumentou que em razão de a Constituição dos Estados Unidos ser frequentemente ambígua, aqueles que decidem sobre o seu significado com frequência agem com discricionariedade.

Dessa forma, leis que "parecerão inconstitucionais para uma pessoa, ou grupo delas, podem assim não parecer a outras;...a constituição frequentemente admite diferentes interpretações;...há normalmente um leque de escolhas e julgamento." Na visão de THAYER, "qualquer escolha racional é constitucional".

O argumento de THAYER, em suma, era de que as cortes deveriam invalidar as leis apenas quando "aqueles que têm o direito de fazê-las tenham não apenas cometido um erro,

mas tenham cometido um erro muito claro — tão claro que não está aberto ao questionamento racional".

Assim, a questão para os tribunais não seria de "mera e simples preponderância de razões pró e contra, mas do que é muito claro e direto, claro além de qualquer dúvida racional" ("*beyond reasonable doubt*"). A exigência do "além da dúvida razoável", no direito penal norte americano,quer dizer que as pessoas não podem ser denunciadas, salvo se os acusadores estiverem aptos a demonstrar aquele *status*.

THAYER acreditava que as cortes deveriam seguir o mesmo padrão ao rever o trabalho dos legisladores; os juízes deveriam invalidar a legislação apenas nos casos mais nítidos de violação à constituição.

Ao advogar a tese da contenção, THAYER chamou atenção para duas importantes questões. A primeira é a falibilidade dos juízes federais, no modelo norte americano. Quando os juízes concluem que uma lei é inconstitucional, eles estão nitidamente confiando em sua própria interpretação, e certamente podem estar errados. Os juízes são estudiosos do direito, mas isso nos autoriza a concluir que as interpretações judiciais são necessariamente corretas? (SUNSTEIN, p. 46).

O segundo argumento de THAYER é o de que um judiciário forte poderia ferir a própria democracia. Disputas constitucionais tendem a ser imbricadas com as questões mais profundas sobre o que é justo e correto. Ele temia que se os juízes se tornassem muito agressivos, as responsabilidades morais dos políticos poderiam ser enfraquecidas. Os políticos poderiam perguntar *Os juízes permitirão isso?* em vez de *É realmente constitucional ou mesmo moralmente aceitável?* Se a segunda questão não é colocada, a própria democracia está em risco, segundo o seu argumento (SUNSTEIN, p. 46).

Nessa mesma linha, no Direito norte americano, o Justice Oliver Wendell HOLMES JR. deixou claro o seu comprometimento com a contenção de forma mais influente ao dissentir da decisão no caso *Lochner v. New York*, caso emblemático da jurisprudência da Suprema Corte no qual foram invalidadas restrições na regulação da carga horária máxima (198 U.S. 45 – 1905 *Holmes' dissenting opinion*).

Na visão da Corte, leis sobre a carga horária máxima privavam os empregadores e empregados de liberdade sem o devido processo legal. Em um dos mais conhecidos votos da história da Suprema Corte, HOLMES votou em contrário.

Em seu voto, ele explicou que

> "uma constituição não deve ter a intenção de incorporar uma teoria econômica particular. Ela é feita para pessoas de visões fundamentalmente diferentes, e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares ou novas ou, até mesmo, chocantes, não deve concluir nosso julgamento sobre se as leis que os incorporam conflitam com a constituição dos Estados Unidos".

Acusando a corte de querer impor a sua própria visão ao resto do país, HOLMES anunciou que a "Décima Quarta Emenda não legaliza a Estática Social de Herbert Spencer". Em sua passagem mais crucial, HOLMES argumentou que a proteção constitucional da liberdade não "impede o resultado natural de uma opinião dominante, salvo se se pode dizer que um homem justo e racional necessariamente admitiria que a lei proposta infringiria princípios fundamentais tal como entendidos pelas tradições de nosso povo e nosso direito".

Na história do pensamento jurídico norte-americano, o majoritarianismo tem ocasionalmente atraído importantes adeptos. Durante o período do *New Deal*, muitos adeptos do Presidente Franklin Delano Roosevelt argumentavam em favor de um menor protagonismo judicial. O juiz Felix Frankfurter, o grande conservador na liberal Corte Warren, era normalmente comprometido com a contenção judicial, sob a presunção de que os processos democráticos deveriam se desenvolver livremente (SUNSTEIN, p. 48).

Mais recentemente, o Professor Mark TUSHNET, da Universidade de Harvard, foi ao ponto de argumentar que a Constituição deveria ser "retirada das cortes" ("*taking the constitution away from the courts*") – que os juízes deveriam ser privados do poder de invalidar atos de outros ramos do governo. A interpretação constitucional, na visão de TUSHNET, deveria ser levada a efeito pelo Congresso, pelo Presidente e pelos governos estaduais (TUSHNET, 1999).

TUSHNET defende o que chama de "Direito Constitucional Popular", que forma o seu conteúdo a partir de discussões entre o povo em fóruns políticos comuns, e as lideranças políticas desempenham um importante papel em conduzir o povo nessas discussões. Ele reconhece que há uma preocupação de que permitir que outros membros do Estado interpretem a

Constituição de uma forma diferente daquela adotada pela Suprema Corte introduziria no direito uma instabilidade indesejável, uma anarquia constitucional.

Mas, argumenta que o controle judicial de constitucionalidade pode levar à situação de que nem os congressistas nem os demais membros do Estado se sentem obrigados a levar a Constituição a sério porque sabem que – ou acreditam que – os tribunais o farão. Os cálculos politicos poderiam mudar, segundo ele, caso as pessoas soubessem de sua responsabilidade com a constituição.

Ele cita os exemplos da Grã-Bretanha e da Holanda para mostrar que é possível desenvolver sistemas nos quais o governo tem poderes limitados e direitos individuais são garantidos sem ter um *judicial review* à maneira dos EUA. Parte da razão para isso é que, segundo defende, pode haver restrições legais sobre o Estado sem necessariamente haver restrições constitucionais. A diferença é que o poder legislativo pode substituir restrições legais, mas não restrições constitucionais.

No entanto, a solução majoritarianista apresenta diversas fragilidades, que serão abordadas no próximo tópico.

5.4. As fragilidades da solução majoritarianista e a superação do conflito contramajoritário

Retomando a exposição acima, de forma sintética, o dilema contramajoritário repousa em três premissas cardeais: (1) em uma democracia constitucional, o poder de tomar as decisões políticas assenta na maioria dos cidadãos e, por conseguinte, deve ser atribuída a órgãos responsáveis politicamente; (2) o parlamento é um órgão de representação popular; (3) o poder judiciário não é um órgão de representação popular.

Sem adentrar na discussão sobre a falsidade ou não de cada uma dessas premissas isoladamente consideradas, de seu conjunto não decorre que ao poder judiciário falta legitimidade para invalidar atos dos poderes representativos. É essa afirmação que se demonstrará neste tópico.

Um primeiro argumento a ser colocado é que o poder judiciário, em particular o Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil, pode declarar inconstitucional uma lei legitimamente aprovada pelo parlamento. Mas, no caso específico,a vontade popular pode estar contra o parlamento e a favor do judiciário. Ainda assim, caberia falar em conflito contramajoritário? Ou, na verdade, a decisão aqui seria majoritária, uma vez que em acordo com a aparente vontade popular?

Vê-se, nesse primeiro argumento, que o controle de constitucionalidade não é necessariamente contramajoritário. Nem todas as decisões que declaram a inconstitucionalidade estão em dissonância com a opinião pública. Na realidade, o judiciário pode ser muito mais democrático do que se supõe, no sentido de que suas decisões podem estar em harmonia com a opinião pública (LIN, 2014).

No Brasil, como aponta NOVELINO (2015), não há estudos consistentes sobre a influência da opinião pública sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. No entanto, ele cita estudos realizados em outros países, notadamente nos Estados Unidos, a demonstrar que os juízes são efetivamente influenciados pela opinião pública.

Por outro lado, a afirmação de que o legislativo reflete sempre o desejo do povo é mais ideal do que real, seja em razão do sistema eleitoral pelo qual os seus membros são eleitos, seja em razão da sua forma de funcionamento.

O sistema brasileiro muitas vezes reflete a vontade de apenas algumas regiões geográficas, em detrimento de outras, ou de determinadas classes ou fortes grupos de pressão, em detrimento de setores menos influentes ou, até mesmo, de outras que são verdadeiros “pontos cegos” em termos de visibilidade social. Além disso, as eleições de quatro em quatro anos podem levar, ao longo do mandato, um distanciamento gigantesco entre o compromisso inicial e o que realmente é feito ao longo do tempo. Lembre-se, ainda, que no Brasil não temos o instituto do *recall* (retomada do mandato).

Além disso, o eleitor escolhe entre os candidatos disponíveis (pouquíssimos com chances de se eleger), o que quer dizer que haverá concordância em alguns pontos e discordância em outros. Assim, o eleitor diligente tentará avaliar no candidato de sua preferência os pontos nos quais há concordância, aqueles em que há discordância, pesar o que é mais importante e, ao final, tomar a sua decisão. O eleitor menos cuidadoso se distanciará ainda mais das ideias do seu candidato.

Há, outrossim, os que votam por questões outras, sem ter qualquer afinidade com as ideias de seu candidato. Não são raras as sondagens demonstrando que muitos eleitores não sabem sequer em que deputado ou senador votaram nas últimas eleições. Nos Estados Unidos, CHOPER (1980, p. 15) menciona uma sondagem feita no ano de 1973 pelo instituto GALLUP que diagnosticou que 57% dos americanos não sabiam citar os nomes de seus congressistas, e que apenas 19% podiam citar ao menos uma de suas ações.

No que diz respeito ao funcionamento do Congresso brasileiro em si, há outros problemas de representatividade na Câmara dos Deputados, como as questões da sub-representação de alguns estados (como é o caso do Estado de São Paulo) e da super-representação de outros, como é o caso do Estado de Roraima. A isso se somem distorções também existentes no âmbito do Senado, uma vez que cada Unidade da Federação, não importando a quantidade de eleitores ou habitantes, é representado por três senadores.

Tampouco se deve esquecer que muitas discussões importantes ocorrem no âmbito das comissões e subcomissões e que muitas das discussões em plenário não recebem a atenção devida por parte de muitos congressistas.

Como mais um fator de distanciamento entre os interesses de representantes e representados, há o enorme poder de cooptação que o Governo pode exercer sobre o Congresso Nacional, deturpando a representatividade. Também é extremamente relevante a força exercida pelas lideranças. Aquela mais influente, mais persuasiva, com maior poder de articulação, levará ao desequilíbrio da representatividade ideal.

Ademais, há os grupos de interesse, que, quão mais organizados e financeiramente estruturados, conseguem mais influência e mais espaço no Congresso, como é o caso das famosas bancadas dos ruralistas, da bola, da bala, evangélica, entre várias outras. No que concerne ao Executivo, a situação é semelhante[15].

Todas essas questões são apontadas também por CHOPER (1980, p. 14 e ss) e por Dominique ROUSSEAU (2010), respectivamente em relação aos poderes legislativos norte-americano e francês.

[15]Como noticiou a FOLHA de São Paulo (2014), apenas três empresas bancaram 65% das arrecadações dos presidenciáveis, dado da primeira rodada de prestações de contas das campanhas divulgados no dia 6/8 de 2014 pelo TSE.

Vê-se, portanto, que o poder legislativo, na forma como eleito e como funciona em diversas democracias modernas, representa muito pouco da ideia pura da “vontade do povo”.

Cabe enfrentar, outrossim, o argumento da irresponsabilidade dos juízes perante o povo. Segundo esse argumento, o juiz não detém legitimidade para o controle de constitucionalidade em razão de não ter responsabilidade popular. No entanto,é um erro assumir que para ser uma verdadeira democracia todo órgão do estado deve ser responsável perante o povo. A responsabilidade do legislativo perante o povo não é exigida do judiciário. A questão é se o sistema como um todo se encaixa no nosso conceito de democracia (BARAK, 2010).

Ainda que se desconsiderem essas questões e se sustente que os poderes legislativo e executivo, por seus ocupantes serem eleitos, são sempre mais representativos do que o judiciário, esse último é, no modelo constitucional brasileiro (assim como em outras democracias), histórica e dogmaticamente, responsável pela harmonia e equilíbrio dos demais poderes. Não cabe falar de uma limitação de sua legitimidade em função de não serem seus representantes eleitos, de sua imparcialidade e de sua independência em relação das forças políticas. Primeiro, porque a legitimação desse poder decorre da força normativa da constituição e das leis; segundo, porque o judiciário é inerte, necessitando sempre de um órgão ou ente legitimado que lhe provoque a atuação (ZANETI, 2010, p. 63).

De outra sorte, o equilíbrio entre o poder judiciário e os demais decorre de suas limitações materiais e jurídicas, cingidas ao direito e à técnica da argumentação jurídica, por um lado, e à falta de recursos próprios para executar suas decisões, por outro (ZANETI, 2010). Em última análise, a autoridade do judiciário está, em grande medida, atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente as suas decisões.

Muitos dos defensores do controle judicial de constitucionalidade rejeitam explicitamente a ideia de que a democracia se confunde pura e simplesmente com o princípio majoritário. Na verdade, democracia representa mais, envolvendo, inclusive, o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e que funcionam como limites ao próprio exercício majoritário.

Decorre, logo, que a ideia de democracia como um espelho da vontade da maioria é bastante simplificada e, até, fictícia. Na verdade, a democracia nas sociedades modernas é o grande produto dos esforços e interações de todas as estruturas políticas legais do país, influenciadas em diferentes pontos com diferentes intensidades pela generalidade de organizações econômicas e sociais que funcionam fora da estrutura do Estado (CHOPER, 1980, p. 11).

Se uma dada maioria concorda que a tortura é uma prática aceitável, ela passa a ser, por isso, legítima? Ou, pense-se na declaração de 1954 da Suprema Corte dos Estados Unidos de que a segregação racial era inconstitucional: ao nos perguntarmos sobre a sua legitimidade, é realmente importante que maioria da população acredite em princípios de não discriminação(FARBER E SHERRY, p. 24)?

Seguindo esse raciocínio no sentido da superação do assim chamado conflito contramajoritário, pode-se entender que a preservação de tais valores promove a preservação da própria democracia. Imagine-se o exemplo extremo em que o congresso aprove uma proposta de emenda constitucional abolindo o direito à liberdade de expressão (cláusula pétrea), quem poderá invalidar esse ato do poder constituinte derivado senão o poder judiciário, no exercício da jurisdição constitucional?[16]

Além disso, é exatamente por ser o poder politicamente mais isolado e sem compromisso direto com as maiorias e as questões eleitorais que o poder judiciário pode eficazmente agir em defesa das minorias (CHOPER, 1980, p. 69).

Diga-se, inclusive, que esse papel do poder judiciário se vem aprofundando, com o enfraquecimento progressivo da visão de que é um mero defensor objetivo e independente da ordem constitucional (superação do paradigma positivista). Na verdade, o juiz constitucional passa a exercer o papel de uma "contra-estrutura instituída", um "contra-poder"em relação às maiorias episódicas (QUEIROZ, 2000, p. 14). Mas, nem por isso, enfraquecedor da democracia.

Uma vez que o novo regime de enunciação das normas repousa sobre uma concorrência permanente entre interpretações diferentes das regras constitucionais que implicam que a escolha de um sentido não é jamais definitivo e que uma interpretação pode evoluir, que novos direitos podem ser reconhecidos. Ele representa seguramente um aprofundamento da democracia.

E o tribunal constitucional, como órgão regulador dessa concorrência, é um de seus instrumentos principais. De início, porque ele produz um espaço constantemente aberto à criação contínua de direitos e liberdades e que ele faz da constituição não um texto pronto no momento de sua edição, mas um texto vivo, re(definido) sem cessar no momento de suas in-

[16]Sobre a difícil relação entre cláusulas pétreas e democracia, vf. André ROSA (2012)

terpretações, “um projeto sempre inatingido”, segundo as palavras de HABERMAS(1997, p. 412).

Porque o juiz constitucional permite ao povo se “ver” como soberano graças a um espelho que reflete ao povo a soberania e aos representantes eleitos a sua subordinação ao soberano(ROUSSEAU, 2010, p. 562), a justiça constitucional torna visível o que o modelo representativo faz esquecer colocando em cena a representação.

O importante é nos perguntarmos que condições devem existir em um sistema legal para que o juiz desempenhe a sua tarefa a contento. Algumas dessas condições variam de sistema a sistema, mas outras são comuns aos regimes democráticos de direito: (1) independência – o juiz deve ter independência pessoal e institucional; (2) imparcialidade e objetividade – imparcialidade significa tratar as partes de forma isonômica e objetividade que ele efetiva os valores sociais e não os seus valores pessoais; e (3) confiança pública no judiciário – não quer dizer popularidade, mas reconhecimento de que o juiz está agindo de maneira justa e correta (BARAK, 2010).

Nesse contexto é que PANIZZA (2015, p. 71/2) sugere um esquema para se averiguar a legitimação de um órgão/poder. Segundo a fórmula sugerida, o poder judiciário será legítimo se:

(1) os membros estão identificados;
(2) no caso dos tribunais, a identificação de seus membros está ligada também e em certa medida à legitimidade democrática, direta ou indireta (participação de outros poderes e setores na escolha dos membros);
(3) quanto à organização, deve haver a garantia de que os membros devem deter garantias para que decidam nas melhores condições possíveis;
(4) tudo isso bem estabelecido, o membro do tribunal terá letigimação dinâmica para o bom desempenho de seu papel;
(5) para, ao final, chegar, presumivelmente, à melhor decisão possível e dentro de critérios de legitimação.

No esquema proposto, a legitimidade completa do órgão no sistema jurídico dependerá inevitavelmente pelo conjunto desses fatores. Portanto, não cabe analisar a legitimidade do judiciário apenas, por exemplo, partindo-se de um padrão de legitimação democrático-popular.

Ficou demonstrado, portanto, neste capítulo, que o dilema contramajoritário é um falso dilema, notadamente (i) porque o parlamento não representa tão fielmente a difusa e abstrata vontade popular na prática tanto quanto no esquema ideal e (ii) porque a legitimidade do poder judiciário repousa sobre outros fatores que não a representatividade popular, mas não menos legítimas do que ela.

Verifica-se, assim, que o a contramajoritariedade, em si, não gera um problema de legitimidade. O problema surge, na verdade, quando o poder judiciário exacerba no exercício contramajoritário e cai no que se denomina de ativismo judicial. É o assunto que se abordará no próximo capítulo.

CAPÍTULO 6. O ATIVISMO JUDICIAL

6.1. A polissemia da expressão ativismo judicial[17]

Embora guardem uma estreita relação, os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política designam realidades jurídicas distintas. A judicialização da política designa o fenômeno de se transferir a solução das grandes questões político-sociais dos poderes representativos (executivo e legislativo) para o judiciário.

E o ativismo judicial? Qual o seu significado? Quanto a esse assunto, a prática e a construção teórica estadunidensespodem nos fornecer importantes elementos.[18][19]

É possível explicar como um conceito no discurso constitucional pode manter o seu significado quando disputas sistêmicas sobre esse significado persistem? Vivemos em um momento que rejeita o conceito de ativismo judicial como descritivo. O significado da expres-

[18] Sobre a história e a indefinição semântica da expressão ativismo judicial, cf. GREEN (2009).
[19] Cf também Glauco Salomão LEITE (2014) e Flávia Danielle Santiago LIMA (2013).

são está tão desgastado que, hoje, expressa mais uma crítica contundente do que uma descrição. Assim, sua utilidade explicativa fica seriamente comprometida.

Apesar disso, a expressão têm utilidade explicativa. Mas, sua utilidade não reside em prover o conteúdo analítico que nos habilita a avaliar se uma decisão judicial é ativista. Mais do que isso, valendo-nos aqui da lição de LIPKIN (2008), a utilidade do termo é indireta, revelando elementos criticamente importantes do discurso constitucional que normalmente estão subjacentes.

O discurso constitucional tem duas estruturas interativas de argumento e explicação: a estrutura superficial e a estrutura profunda (LIPKIN, 2008). A estrutura superficial contém um vocabulário usado na jurisdição constitucional. Nessa estrutura superficial, acusações de ativismo judicial são utilizadas para rotular decisões constitucionais como desbordando dos limites da autoridade judicial.

O problema aqui é que as acusações de ativismo judicial dependem conceitual e praticamente das noções normativas de correção e legitimidade. Uma vez que os significados de "correção" e "legitimidade" em grandes polêmicas são contestados dentro da comunidade constitucional, acusações de ativismo judicial grassam, não apenas porque o termo se tornou vazio, mas mais ainda porque ele tem significados possíveis demais sobre os quais há pouco ou nenhum acordo.

Se o discurso constitucional fosse composto apenas da estrutura superficial, estaria correto dizer que as acusações de ativismo judicial são apenas objeções a decisões judiciais que o acusador não aprovasse. A pressão para eliminar o conceito de ativismo judicial ou tratá-lo meramente como um artifício retórico seria grande.

No entanto, desconsiderar-se-ia um nível estrutural mais profundo operando em conjunto com e ancorando a estrutura superficial do discurso constitucional. Essa estrutura profunda ou nível do discurso meta-teórico inclui explicações e justificações da contínua viabilidade dos conceitos da estrutura superficial. O papel mais saliente dessa estrutura profunda é revelar se os conceitos da estrutura superficial têm um conteúdo analítico e, se não têm, se deveriam ser reconstruídos ou abandonados.

Um exemplo de outra área do discurso constitucional pode ser útil para explicar a ideia. O conceito de "equilíbrio federativo" ocupa um papel privilegiado na estrutura superficial do discurso constitucional. O seu uso principal é em argumentos de que uma medida federal preservou ou rompeu a distribuição de poder entre o governo federal e os governos estaduais ou dos governos estaduais entre si.

Para que o equilíbrio federativo seja mais do que uma metáfora sedutora, ele deve prover um conjunto de instruções para resolver controvérsias a respeito do poder federal. Se essas instruções não estiverem disponíveis na estrutura superficial, deve-se então inquirir se essa metáfora aponta para algo na estrutura profunda do discurso constitucional que melhor ajude a entender como os vocabulários federalistas deveriam operar. Se a estrutura profunda não prova essa explicação, pode-se, então, tentar reconstruir o termo, abandoná-lo, ou reconhecer que ele é meramente retórico.

No caso do ativismo judicial, é de se reconhecer que o termo tem pouca ou nenhuma utilidade na sua estrutura superficial. Então, deve-se buscar em sua estrutura porfunda o que significa ativismo, ou seja, que julgamentos são ativistas e por que?

Na sua estrutra profunda, o conceito de ativismo judicial se interrelaciona com outros conceitos, por exemplo, o conceito de precedentes. Assim, uma decisão que, na estrutura superficial, pareça ativista, porque a corte aplicou princípios constitucionais abstratos e lhes conferiu um conteúdo no caso concreto, pode, na sua estrutra profunda, nada ter de ativista, porque se conferiu ao princípio o mesmo conteúdo consagrado em precedentes já sedimentados no ordenamento.

Da mesma forma (apenas com o sinal trocado), uma decisão que deixe de se fundamentar em um certo princípio constitucional sob o argumento de que a Corte estaria legislando caso o aplicasse pode não ser considerada ativista em sua estrutra superficial. Mas, na sua estrutura profunda, pode-se entender que é ativista, pois deixou de aplicar o conteúdo do princípio, suponha-se, que já está consagrado no ordenamento.

Trazendo esse arcabouço teórico para casos concretos, o julgamento em *Brown v. Board of Education*, invalidando a segregação racial nos Estados Unidos, por exemplo, conta como uma decisão ativista? O julgamento em *Roe v. Wade* o é, porque estendeu o direito à privacidade ao reconhecimento do direito das mulheres ao aborto? Seria ativismo da parte da Suprema Corte dos Estados Unidos superar *Roe v. Wade*?

Segundo SUNSTEIN (2005, p. 42), existemduas importantes acepções para ativismo judicial. Algumas pessoas rotulam uma decisão como “ativista” quando acham que a corte se afastou da correta interpretação da constituição. Sob essa ótica, a palavra “ativista” não é meramente uma descrição. É também, quase sempre, um insulto. Quando as pessoas criticam os juízes como ativistas, querem dizer exatamente isto: *o tribunal não está seguindo o correto sentido da constituição*. Rotular a decisão como ativista é rotulá-la como incorreta.

Em um diferente sentido, a palavra “ativista” é puramente descritiva, e uma decisão que é ativista não é necessariamente errada. Um tribunal que rejeita os seus próprios precedentes pode ser considerada ativista. Claro que alguns tribunais deveriam rejeitar alguns precedentes se eles forem equivocados ou defasados. Uma corte que é ativista, no sentido de que rejeita o precedente, pode estar totalmente correta.

Uma corte pode, ainda, ser descrita como ativista, se invalida os atos dos demais poderes. Não se poderá dizer, no entanto, que um tribunal deveria ratificar todas as ações dos outros poderes. Um tribunal não deveria permitir que os governos prendam as pessoas por causa da cor de sua pele. Uma corte que é ativista, no sentido de que invalida algumas decisões dos poderes políticos com frequência, pode merecer encômios quanto a seus julgamentos.

O ativismo judicial, considerado por muitos como o flagelo do constitucionalismo, nunca desempenhou um papel tão importante na política quanto hoje. Nos Estados Unidos, os conservadores e os liberais demonizam os assim chamados “juízes ativistas” sempre que não se ajustem a seus propósitos (LIPKIN, 2008).

A esse respeito, é extremamente didática a lição de KMIEC (2014), que menciona cinco acepções da expressão *ativismo judicial* (“*judicial activism*”), a denotar a multidimensionalidade do conceito.

Em um primeiro sentido, KMIEC diz que pode ser considerada ativista a atitude do poder judiciário de invalidar as ações dos demais poderes do Estado.

Em um segundo sentido, a expressão ativismo judicial designaria a atitude de um tribunal quando ele se afasta dos precedentes que deveria respeitar, ou seja, quando adote uma visão própria do que é o Direito em detrimento da visão e da interpretação já consagradas no precedente.

Em um terceiro sentido, o ativismo judicial se revelaria quando a Corte, em detrimento de julgar, passasse a legislar. Nas palavras de CONTINENTINO (2012, p. 143), “Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação dos poderes, criariam direito novo, a pretexto de interpretá-lo”.

Em um quarto sentido, ativista seria o procedimento do tribunal que se afasta de uma metodologia interpretativa aceita.

Por fim, KMIEC traz o critério do julgamento orientado pelo resultado (*result-oriented judgement*). Dessa forma, a decisão seria ativista quando o juiz tiver um motivo finalístico para decidir em um certo sentido e quando a decisão se afastar do que seria considerado razoável.

A primeira forma de manifestação do ativismo judicial mencionada por KMIEC (baixo grau de deferência a outro poder) tem por ponto negativo a ameaça à separação dos poderes. Assim, seriam possíveis duas atitudes por parte do Poder Judiciário: ou ele se autolimita (*self-restraint*), resguardando, assim, a decisão do Legislativo; ou decide sobre a questão política, declarando inconstitucional a deliberação parlamentar (ativismo).

No entanto, esse critério é dotado de elevado grau de inconsistência, uma vez que não dispomos de parâmetros seguros para saber quando a constitucionalidade poderia ser defensável ou não. Além disso, o juiz constitucional deve, em certos momentos, invalidar atos dos demais poderes.

Esse problema remeteria a outro, que é a dependência de quem analisa. Ou seja, a visão do observador sobre a interpretação da constituição é que, em último grau, diria se a corte em dado caso exercitou o seu poder de rever os atos inconstitucionais de forma adequada e própria ou se agiu de modo ativista.

Ou, como afirma o próprio KMIEC, mesmo um critério numérico (por exemplo, se em dado ano a corte invalidou mais atos dos demais poderes do que em anos anteriores) se demonstraria muito pouco consistente.

No segundo sentido, o juiz ou tribunal se afasta dos precedentes judiciais. Mas, o sistema de precedentes em si já é complexo e controvertido no sistema do *common law*. No Direito Brasileiro, mais difícil ainda se mostra trabalhar com a técnica dos precedentes vinculantes, pois não fazem parte de nossa tradição jurídica. Assim, quais os precedentes que vinculam no Direito Brasileiro e em que medida vinculam? Agora, há os parâmetros trazidos pelo art. 927 do Novo Código de Processo Civil. Mas, ainda assim, apesar de serem mais um parâmetro (como ainda se analisará nesta tese), na prática, será extremamente difícil trabalhar com os precedentes no Direito Brasileiro.

Uma grave inconsistência desse critério, no Direito Brasileiro, é a indefinição dos precedentes que deveriam ser respeitados, bem como dos conceitos ligados a essa técnica de de-

cisão, como *ratio decidendi*, *overruling*, entre outros.Além disso, o precedente pode não albergar o entendimento mais correto e, por isso mesmo, precisar ser superado.

No terceiro sentido, os juízes se comportam como verdadeiros legisladores (*legislate from the bench*). Aqui, há uma dificuldade ainda maior, pois suscita questões jusfilosóficas sobre o que é criar ou aplicar o direito, bem como em que medida a criação judicial é aceitável e em que medida é exorbitante. Aqui tampouco há parâmetros seguros para se dizer se se está diante de uma interpretação dentro dos limites aceitos ou exorbitante (sobre isso, ver discussão sobre as teorias da interpretação no Capítulo 8).

Portanto, aqui também se cairia no subjetivismo, uma vez que divisar o que é interpretar do que é criar direito novo irremediavelmente dependerá da visão pessoal que o analista tem sobre o sentido do direito.O controle judicial de constitucionalidade é,possivelmente, a forma mais dramática e inegável — apesar de ser frequentemente negada — de elaboração legislativa nas quais os tribunais se imiscuem.

Nesse ponto, de se considerar que o controle de constitucionalidade mesmo que acarrete tão-somentea invalidação judicial de leis já está no exercício de atividade legislativa, uma vez que invalidar leis é legislar tanto quanto editá-las. Como ressalta SHAPIRO (p. 385, 2013), isso é agora lugar-comum nos Estados Unidos, visto que votos de 5 juízes podem se sobrepor a votos de 269 congressistas. Fenômeno semelhante acontece no Brasil e em diversas outras democracias ao redor do globo.

O drama é ainda maior se se admite, como é o caso desta tese, que não há uma única interpretação possível para o texto constitucional e que, em consequência, os juízes constitucionais exercitam uma ampla margem de discricionariedade na aplicação da constituição, havendo quem defenda, por exemplo, que o sentido da constituição é aquele que a maioria dos juízes de um tribunal constitucional diz que é (FRIEDMAN, 2002, parte cinco), em um verdadeiro exercício de supremacia judicial.

Ademais, a constituição não é um documento jurídico que possa ser lido de uma forma hermética e interpretada com finalidade técnica, mas uma complexa carta de governo que se volta para exigências futuras imprevisíveis. Com muita frequência, intérpretes razoáveis irão divergir sobre a sua adequada interpretação. A constituição deixa aberto um leque de escolha e julgamento, de forma que qualquer escolha racional é, consequentemente, constitucional.

Por essa razão, o controle de constitucionalidade é um processo político (*policy-making process*), os quais os juízes realizam depois que os legisladores, de seu lado, já fizeram uma escolha.

Há alguns enunciados constitucionais, decerto, em que nenhuma interpretação mais profunda é possível. A maior parte deles são disposições de economia interna, tais como as que prescrevem mandatos e outras semelhantes, as quais são bem definidas. Separadamente, elas não prolatam nenhum grande princípio, nada obstante esteja insculpido no seu conjunto algo da essência do sistema político democrático. Já outras são dotadas de uma ampla possibilidade interpretativa.

No quarto sentido de ativismo judicial de que trata KMIEC, a falta de método é uma postura ativista. Mas, o que são essas metodologias? O originalismo, fundamentalismo, majoritarianismo, interpretação restritiva*etc*. Enfim, cair-se-á no mesmo problema subjetivista da preferência do analista. A absoluta falta de consenso em relação a essas teorias de interpretação da constituição (como se demonstrará no capítulo seguinte) também faz do critério inconsistente.

No quinto sentido, o ativismo está ligado à ideia do julgamento que parte de um resultado preconcebido (julgamento orientado pelo resultado). O julgador decide primeiro para, depois, ir à busca de fundamentos para sustentar as suas conclusões. Aqui há um sério problema de verificação empírica, pois não é possível descortinar a vontade do juiz ou tribunal (VALLE; SILVA; BRASIL; VIEIRA; SILVA; CAMARGO; TAVARES, 2012, p. 24).

Talvez esse critério seja ainda mais falho e subjetivo do que os outros, pois como entender os aspectos psíquicos, interiores do juiz, para decidir em certo sentido? Além disso, como estabelecer que decisão é ou não razoável?

Como explica VERÍSSIMO (2012), analisando o significado do ativismo judicial no direito norte-americano, a expressão é permeada de ambiguidade, uma vez que o seu ponto de partida, a separação de poderes, pode ser usada tanto para sustentá-la como para atacá-la. Sim, pois a separação de poderes pode fundamentar limites à atuação do poder judiciário, de um lado, mas, de outro, pode fundamentar justamente a sua atuação, quando se entender que os demais poderes estão invadindo os limites dos direitos fundamentais traçados pela constituição.

A tradição americana, tal como delineada pelos artigos federalistas (*Federalist Papers*), bem como pela Constituição de 1787, reforça a ideia montesquiana de controle externo dos poderes, agregando ainda mais elementos de *checks and balances*, a permitir uma interferência ainda maior de um poder sobre o outro (VERÍSSIMO, 2012).

Mas, como, a partir da limitação que deveria se dar de forma externa, pode-se falar em autolimitação, ainda mais em relação ao poder judiciário, que, como deixa claro Hamilton em *Federalist n. 78*, seria o poder menos perigoso ("the least dangerous branch")[20], pois de atuação adstrita aos termos legais?

Vê-se, assim, que a expressão ativismo judicial é carregada de ambiguidades e inconsistências. Utilizaremos neste trabalho a acepção de ativismo que o identifica com a atuação judicial que inova na ordem jurídica, cria direito ("legislation from the bench"), pois é, como se demonstrará, a mais utilizada pela literatura constitucional brasileira. É a terceira acepção mencionada por KMIEC (*legislation from the bench*).

6.2. A crítica ao ativismo judicial e o exemplo dos Estados Unidos

Uma postura de maior protagonismo do judiciário não é um fenômeno observável tão-somente no âmbito de alguns Estados ou de algumas regiões ou mesmo continentes. É, na verdade, um fenômeno mundial que age no sentido da solução de problemas que não têm solução legislativa adequada, mediante o exercício de poder normativo pelo juiz[21].

O problema passa a existir quando os juízes leem seus próprios valores dentro da constituição – sejam conservadores ou liberais –, o que, nas palavras de LIPKIN (2008) leva o processo democrático a um "curto-circuito". O Governo por legisladores republicanos é, então, substituído pelas regrasque emanam de juízes não eleitos e politicamente "irresponsáveis". Em um certo sentido, essa organização institucional é conflitante com a democracia republicana, que pressupõe que o povo ou os seus representantes ditam as regras, não uma "aristocracia judicial" (LIPKIN, 2008).

A expansão do poder jurisdicional levou à tão conhecida atividade criativa do juiz, a significar que compete ao magistrado mais do que a proteção, mas também a criação de direi-

[20] Para uma interessante crítica à defesa de Hamilton do *judicial review*, vf. NOWLIN (2007).
[21] Sobre o assunto, vf. FAGUNDES, 2011.

tos, em um manifesto "imperialismo judicial". Esse movimento não acontece sem reações, que denunciam a marginalização dos agentes político-representativos, com a flagrante redução da importância do poder legislativo (ROMBOLI, 2015, 51).

Para que o ativismo judicial possa ter um conteúdo, deve haver uma distinção entre direito e política. A "neutralidade" do juiz ao julgar corporifica essa distinção. De acordo com essa concepção, os juízes deveriam ser neutros e imparciais não apenas entre litigantes e ideologias partidárias, mas também em relação a filosofias constitucionais. Em um regime em que reina a distinção entre direito e política, a neutralidade do direito pode ser distinguida do partidarismo da política (LIPKIN, 2008).

Por essas razões, tradicionalmente o modelo de julgamento é bastante diferente do modelo legiferante. Os juízes aplicam o direito tão-somente após interpretar a previsão constitucional. A ideia do juiz como um árbitro é concebida para que se levantem constrangimentos às interpretações judicias de sorte a prevenir o ativismo judicial, mesmo que saibamos que essa dita neutralidade é mais ideal do que real, uma vez que o juiz, como já expusemos, cada vez mais tem aumentada a sua margem de interpretação. Até aí, não há problemas. Eles começam quando a interpretação descamba para o ativismo.

Pode-se apontar dois grandes riscos do ativismo judicial:a) risco de que o judiciário se torne excessivamente parcial em relação aos direitos das minorias; b) risco de politização do discurso no âmbito da jurisdição constitucional, o que pode "transformar uma arena jurídica em mero prolongamento do campo de batalha político, sem que isso represente qualquer tipo de vantagem para as discussões políticas" (TAVARES, 2010, p. 27/8).

O ativismo pode chegar a um ponto em que o poder executivo se utilize do poder judiciário para driblar o dificultoso procedimento de emenda constitucional, como aconteceu nos EUA, por exemplo, com Franklin D. Roosevelt e a implementação do New Deal (HENDEL, 2005).

Como HENDEL (2005) relata, o Presidente Roosevelt obteve êxito na política do *New Deal* por meio de "nomeações transformadoras" (*transformative appointments*) para a Suprema Corte. Uma onda de nomeações procurou repudiar o passado próximo da Corte, que passou a reinterpretar a intenção original dos constituintes, de sorte a dar ao Presidente os poderes de que ele precisava.

O Presidente Roosevelt era sabedor da falta condições políticas para emendar a Constituição dos Estados Unidos. Para driblar esse dificultoso procedimento, mediante o qual a Câmara e o Senado têm que aprovar uma resolução conjunta por uma maioria qualificada de 2/3 e, depois, ¾ dos estados têm que ratificar a proposta, segundo o art. 5.º (U.S. CONSTITUTION), ele ameaçou fazer nomeações que lhe permitissem alterar a jurisprudência da Corte, para o fim de obter o seu intento.

Com esse fim, nomeou juízes que informalmente emendariam a Constituição para validar o seu projeto de país. Na essência, a inflexibilidade do art. 5.º deu margem a um caminho de emenda alternativo, a ser levado a efeito pelo executivo e pelo judiciário, de sorte a reinterpretar a Constituição sesquicentenária. Assim, o emprego de Roosevelt das "nomeações transformadoras" garantiu que o art. 5.º se tornasse um método impossível e também irrelevante para emendar a Constituição.

Essa configuração não é uma emenda à Constituição, mas uma reformulação de um de seus elementos definidores: o Federalismo. Ela não apenas viola a sua estrutura básica, mas a reconfigura. Antes do *New Deal*, a Constituição permitia ilhas de governo em um mar de direitos individuais e estaduais. Após o *New Deal*, a situação se inverteu: passou a haver ilhas de direitos individuais e estaduais em um mar de poder federal.

Inquestionavelmente, a mudança que Roosevelt buscava requeria uma convenção nacional e uma Constituição totalmente nova. O art. 5.º havia sido concebido de forma que o "Estatuto do *New Deal*" não poderia simplesmente existir meramente por ato do executivo e a concordância do judiciário — justamente os dois poderes, deve-se notar, que estão fora do processo de emenda estabelecido pelo art. 5.º.

Um componente importante da doutrina da separação dos poderes é o reconhecimento da esfera de poder de cada um dos poderes. Historicamente, os tribunais têm reconhecido a esfera apropriada de atividade judicial adotando diversas doutrinas deferindo o exercício do poder judicial. Juristas e tribunais normalmente se referem a esses mecanismos como autocontenção judicial.

Em anos recentes, por uma série de razões, os papéis próprios de cada um dos poderes têm se tornado progressivamente difíceis de definir. No poder judiciário, ativistas à direita e à esquerda têm surgido; muitos juízes se veem como quase legisladores com o direito de se manifestar sobre todas as questões, com a capacidade de corrigir tudo o que está errado. Os tribunais são tentados a evitar a contenção e resolver toda e qualquer controvérsia que os litigantes lhes queiram submeter.

Em uma era de questionamentos da política e desconfiança generalizada na elaboração de políticas pela lei, essa tentação ganha ainda mais força para certos juízes doutrinariamente orientados em direção da tomada de decisão individual e não geral. O resultado desse ativismo é o inapropriado envolvimento das cortes de uma forma descontrolada em diversas questões. Com efeito, o que tem emergido o mais frequentemente é um judiciário com espírito de *cowboy* agindo para salvar o mundo (TALMADGE, 1999).

No sistema de separação dos poderes, chegar ao equilíbrio necessário entre um Judiciário vigoroso dentro da esfera constitucional e independente dos demais poderes, e um judiciário contido em sua inclinação de corrigir todos os erros não é tarefa fácil. O equilíbrio necessário é, no entanto, a essência da liberdade no sistema constitucional (TALMADGE, 1999).

O Prof. Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR (2011), em interessante trabalho, analisa o ativismo como uma decorrência da supremacia constitucional (uma vez que se faz necessário interpretar a constituição e interpretar é criar direito) e da necessidade de afirmação de direitos que nem sempre são efetivados pelos poderes majoritários.

Por outro lado, aponta NOBRE JÚNIOR, o ativismo não pode ser ilimitado, a ponto de levar a uma confusão entre a atividade judiciária e legiferante. Portanto, se faz importante que o judiciário se auto-imponha limites, os quais não são claros nem fáceis de ser percebidos e construídos.

Dessa forma, em sua síntese, com a qual concordamos, o ativismo é um conceito que traz em si um dualismo: de um lado, é necessário aos estados constitucionais e permitem o aprofundamento dos direitos que se propõem a reconhecer e efetivar; de outro, a sua exacerbação pode levar à deslegitimação do estado de direito.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte vem promulgando diversas doutrinas na direção da limitação do poder judiciário, não fundadas especificamente no texto da Constituição, os quais são colocados sob o termo “justiciabilidade”. De fato, nas últimas décadas, a Suprema Corte tem expandido o alcance dessas doutrinas objetivando a crescente contenção nos Tribunais Federais.

Assim, os tribunais federais têm se abstido de decidir casos duvidosos, que não estão maduros, que requerem opinião consultiva, ou em que o autor não tem legitimidade. Constrangimentos de justiciabilidade são a essência da contenção. Mas, mesmo no sistema federal,

que é mais rigoroso, há críticas relacionadas à imprecisão do termo justiciabilidade (TALMADGE, 1999).

De forma a agir dentro de sua esfera (TALMADGE, 1999), o Judiciário deve, então,se colocar três questões: a) a parte está trazendo uma questão na qual ela tem interesse?; b) a questão trazida afeta a atuação cardeal de outro poder?; c) o judiciário poder articular um raciocínio aceitável e coerente para a resolução da controvérsia?

Uma vez decidindo pela justiciabilidade, deve-se deferir a medida o menos intrusiva possível; ou seja, a menos intrusiva em relação aos demais poderes, mas ainda consistente com a resolução do problema. Caso não seja possível justificar e implementar esse remédio, a corte deve se abster.

A Suprema Corte decidiu no caso *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC*, enunciando um princípio de que os Tribunais aceitarão uma interpretação razoável das agências em relação aos termos ambíguos de uma lei na área de atuação daquela agência.

Assim, a Corte adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial à interpretação das agências em dois estágios: primeiro, leva-se em conta se o Congresso diretamente tratou da questão. Se a intenção do Congresso é clara, está encerrada a questão (SCALIA, 1989).

Caso se supere o primeiro estágio, passa-se ao segundo: se a lei é ambígua ou imprecisa, deve-se indagar se a interpretação dada pela agência é juridicamente sustentável. Para a Suprema Corte, se é o caso, mesmo que não seja a melhor interpretação, deve-se acatá-la (SCALIA, 1989).O princípio é o de que no sistema democrático julgamentos políticos não cabem ao Poder Judiciário, mas aos poderes políticos. Se o Congresso deixou a questão em aberto, deve ela ser respondida pelo Poder Executivo no âmbito de competências das agências.

Como explicar que a Constituição dos Estados Unidos tenha sobrevivido por tanto tempo, quando diversas outras Constituições de diversos outros países foram adotadas e jogadas nos arquivos da história? Parte da explicação está no processo de interpretação da Constituição por um Judiciário independente capitaneado pela Suprema Corte. O processo normalmente evitou os extremos do ativismo e da contenção e, assim, manteve a Constituição como um instrumento vivo relevante para uma sociedade em constante mutação, ao mesmo tempo preservando a autoridade do documento original e das tradições constitucionais (COX, 1980). A dificuldade está exatamente em encontrar o árduo caminho entre o ativismo, de um lado, e a efetiva garantia dos direitos constitucionais, de outro.

6.3. O ativismo judicial no Brasil

Apesar de os Estados Unidos terem longa experiência e história no trato dos assuntos judicialização da política e ativismo judicial, é de se reconhecer que nem tudo o que é útil na realidade estadunidense também será no Brasil. Com efeito, o ativismo que se verifica no Brasil difere daquele que se verifica nos EUA, ao menos em um aspecto fundamental. Enquanto lá o ativismo é exercitado muitas vezes para conter os excessos dos demais poderes, no Brasil,o objetivo é suprir as deficiências pela inação deles (RAMOS e OLIVEIRA JUNIOR, 2014, p. 37).

Muito se tem falado sobre um exagerado ativismo no Brasil[22]. Entre outras causas, aponta-se que o fenômeno se dá em larga medida em razão de o juiz brasileiro, pela via do controle difuso, poder aplicar diretamente os direitos fundamentais, sem a necessidade de lei sobre o tema específico.

Aliado a isso, existe o controle concentrado da tradição austríaca, de competência privativa do Supremo Tribunal Federal e cujas decisões têm eficácia *erga omnes*. Ademais, no Brasil, a jurisdição é una e exercida exclusivamente pelo Judiciário, como decorrência da influência do direito norte-americano e inglês e diferentemente da França, por exemplo, cuja jurisdição é partilhada entre o Judiciário e a própria Administração.

A isso tudo, some-se a cláusula constitucional do amplo acesso à justiça, que, nas palavras de ZANETI JR. (2007, p. 46), tornam o Poder Judiciário, no Brasil, um "motor da democracia participativa". Tudo isso foi potencializado com a transformação do discurso jurídico e judicial após 1988, passando-se de um "discurso fundado em regras codificadas, centralizado no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático", com viés argumentativo, como decorrência da "principialização do direito".

A partir da Constituição de 1988, o papel do Poder Judiciário no país passou e vem passando por profunda transformação. Diversas mudanças no ambiente institucional levaram à ampliação do acesso à justiça, ao fortalecimento do Ministério Público, bem como ao reforço de instrumentos processuais, como as ações civis públicas. Ademais, as liberdades demo-

[22] Sobre o assunto, vf. ZANETI JR. (2007, p. 46).

cráticas têm conduzido a uma maior consciência dos cidadãos em relação a seus direitos (CAMPOS, 2014, p. 210).

Todos esses fatores convergiram para o fenômeno da maior litigiosidade, da judicialização da política, como já abordado acima, e do processo de "empoderamento" (*empowerment*) do Judiciário, que abriram margem a uma postura mais ativista. O processo de"empoderamento" pós-Constituição de 1988 tem alguns marcos importantes, pontuados abaixo:

1) a Constituição de 1988 criou um modelo político que não é puramente majoritário, assegurando inúmeros direitos fundamentais;

2) o Supremo Tribunal Federal foi dotado de diversas competências originárias: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2.º); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, p.u.); mandado de injunção para sanar omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5, LXXI); mandado de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, *d*). O controle difuso foi mantido (art. 102, III, *a*, *b* e *c*). Ampliação dos legitimados à propositurade ADI. No regime anterior, apenas o Procurador-Geral da República, à época subordinado ao Presidente da República, detinha o monopólio da propositura. No atual regime, são legitimados (art. 103) o Presidente da República (I), a Mesa do Senado Federal (II), a Mesa da Câmara dos Deputados (III), a Mesa das Assembleias Legislativas (IV), o Governador de Estado (V), o Procurador-Geral da República (VI), o Conselho Federal da OAB (VII), os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (IX).

3) A EC3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo ao Presidente da República, às mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a iniciativa.

4) No plano infraconstitucional, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que trazem normas processuais sobre a ADI, ADC e a ADPF, fortaleceram e expandiram os poderes do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, com a

possibilidade de modulação temporal de efeitos, declaração de nulidade parcial sem redução do texto e participação de *amici curiae*.

Com a ADPF, fica o Supremo Tribunal Federal autorizado a julgar se um determinado ato normativo federal, estadual ou municipal, mesmo que anterior à Constituição, afronta preceito fundamental.

5) A EC 45/04 continuou o processo de empoderamento do Supremo Tribunal Federal, materializando a Reforma do Poder Judiciário. Ampliou o rol de legitimados à propositura da ADC (art. 103, *caput*), igualando-o ao rol de legitimados para a ADI. Além disso, deu *status* constitucional ao efeito vinculante da ADI (art. 102, § 2.º). Criou a figura da súmula vinculante (art. 103-A), bem como instituiu a repercussão geral como mais um requisito de admissibilidade de recurso extraordinário (art. 102, § 3.º). Essas alterações aportaram profundo incremento nos poderes do Supremo Tribunal Federal, aprofundando a sua participação na vida política do país, bem como a sua aproximação à ideia de uma Corte Constitucional.

As disposições da nova Constituição sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal, com a ampliação do controle concentrado, inclusive mediante o aumento dos legitimados, facilitaram o advento da judicialização da política e de demandas sociais importantes. Assim, questões políticas importantes que anteriormente eram objeto da atuação dos poderes políticos — o Legislativo e o Executivo — passaram a ser resolvidas pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o fenômeno conhecido como judicialização da política foi lentamente se estabelecendo na democracia brasileira.

Verifica-se, no entanto, que nos primeiros anos pós-1988 o Supremo Tribunal Federal não utilizou tais poderes de uma forma que se possa chamar de ativista, apesar de já se verificar o fenômeno do aumento da litigiosidade e da judicialização da política.

O Supremo reconfigurado pela CF/88, em seus primeiros anos, manteve a passividade que marcara o período pré-1988. O Tribunal, além de ter restringido alguns de seus poderes, também limitou o acesso à sua jurisdição. O grande exemplo é o mandado de injunção, a partir da adoção da teoria da proibição do Judiciário como legislador positivo (STF, 1989.a e 1991.a), cuja evolução jurisprudencial será analisada no último capítulo desta tese.

Além disso, impôs limitações aos legitimados ativos para propositura de ADI’s, em uma clara restrição aos termos do art. 103 da CF/88. Por exemplo, criou o conceito de perti-

nência temática, segundo o qual, para a propositura de ADI's os Governadores, Assembleias Legislativas, Confederações Sindicais e Entidades de Classe de âmbito nacional apenas poderiam propor ADI caso as leis e/ou atos normativos inquinados de inconstitucionalidade tivessem repercussão direta sobre os seus interesses (STF, 1995).

Houve, ainda, restrições criadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à legitimidade para propositada de ADI`s em relação ao art. 103, IX, tendo entendido que associações de profissionais, associação de associações e federações sindicais não se ajustam aos conceitos de confederação sindical e entidades de classe (STF, 1989.b, 1998, 1991.b).

Também quando se tratou de medidas provisórias, o Supremo sempre adotou uma postura passiva, entendendo que o controle de constitucionalidade sobre os pressupostos de relevância e urgência apenas seriam controláveis em caso de excesso de poder de legislar (STF, 1989.c).

Nos anos 2000, teve início a fase que se poderia chamar ativista na história do Supremo Tribunal Federal. Alguns julgamentos extremamente importantes representativos dessa fase serão analisados no último capítulo desta tese.

PARTE III –LIMITES À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Como já salientado acima, na PARTE I desta tese foram abordadas algumas causas para o empoderamento do judiciário, como o fortalecimento do Estado constitucional, a passagem do Positivismo ao Pós-Positivismo e a consolidação das ideias neoconstitucionalistas.

Na PARTE II, foram abordados fenômenos diretamente ligados ao empoderamento do judiciário, especificamente a judicialização da política e o ativismo judicial. Ali se demonstrou, sob a expressão judicialização da política, como o judiciário tem sido chamado de forma crescente a solucionar juridicamente questões de repercussão política outrora resolvidas no âmbito do executivo e especialmente do legislativo.

No capítulo em que se tratou do ativismo, demonstrou-se a polissemia da expressão, que turva a compreensão do que se entende por ativismo judicial. Algumas acepções foram expostas e se demonstrou por que a acepção adotada por esta tese é aquela que entende por ativismo o excesso de discricionariedade por parte dos juízes, o que pode levar ao fenômeno

que a doutrina norte americana denomina de *legislation from the bench* (“legislação a partir da bancada de julgamentos”).

Nesta PARTE III, será abordada a preocupação com a discricionariedade judicialde-corrente do empoderamento do judiciário. Serão também analisadas algumas propostas para conter a discricionariedade excessiva.

CAPÍTULO 7. A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

A partir da expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicialno mundo, ganha também importância o conceito de autolimitação ou autocontenção do poder judiciário (SCHEPELLE, 2012).

Mas, dizer que apenas que a autocontenção é uma reação ao ativismo ou que é o seu oposto esclarece muito pouco ou quase nada. O conceito de autocontenção judicial é complexo e abrange diferentes matizes. É o que se estudará na primeira parte deste capítulo. Em seguida, será abordado o exercício da autocontenção, seus limites e possibilidades concretas.

Como já ressaltado em capítulos precedentes, nas diversas democracias, desde o fim da Segunda Grande Guerra, a importância do poder judiciário relativamente aos demais poderes vem crescendo. As pessoas cada vez mais se voltam para o judiciário na esperança de que ele resolva problemas sociais prementes (BARAK, 2010).

Por outro lado, há uma percepção de que, em tempos recentes, tem aumentado a lacuna entre as expectativas práticas e públicas das supremas cortes democráticas, de um lado, e os princípios racionais que deveriam guiar os tribunais, de outro. Essa lacuna éinquietante porque, ao longo do tempo, pode minar a confiança pública nos juízes, com grave prejuízo institucional para as democracias.

Por uma questão de contextualização histórica, é importante salientar ao menos três dos grandes desafios do poder judiciário nas últimas décadas, em uma escala mundial.

Primeiro, a democracia ainda vive um momento de celebração de suas vitórias sobre o Nazismo e o Fascismo na Segunda Guerra Mundial e sobre o Comunismo no final do século XX. Novos países, nesse período, se juntaram à comunidade de democracias. Mas, muitos deles desejam reexaminar a natureza da democracia moderna, que não é baseada somente na criação do direito por representantes eleitos (democracia formal), e sim, também, nos direitos fundamentais (democracia substancial).

Uma lição chave que ficou do holocausto é que o povo, por meio dos seus representantes, pode destruir a própria democracia e os direitos humanos. Desde o holocausto, os direitos humanos passaram a ser vistos como o cerne da democracia substantiva.

A esse respeito, as últimas décadas têm sido revolucionárias, pois a humanidade aprendeupor um caminho árduo que sem a proteção dos direitos fundamentais não pode haver democracia ou justificação para ela. A proteção dos direitos fundamentais – os direitos de todo indivíduo e de cada minoria – não pode ser deixada tão-somente sob a responsabilidade dos poderes legislativo e executivo, os quais, por sua natureza, refletem a opinião majoritária. Consequentemente, o papel do poder judiciário ganha importância (BARAK, 2010).

Um segundo desafio que se coloca ao poder judiciário, no tempo presente, é que a democracia, em uma dimensão global, se depara com a ameaça emergente do terrorismo. No mundo ocidental, a democracia está se transformando em uma democracia defensiva. A preocupação é que, em decorrência disso, ela não se torne uma democracia incontrolável. Como consequência, a tensão entre a necessidade de proteger o Estado e os direitos do indivíduo também tem sido um alvo de preocupação dos juízes. Essa tensão constante se intensifica e se torna mais pronunciada em tempos de emergência nacional.

Um terceiro desafio é que, desde a Segunda Grande Guerra, tem havido uma melhor compreensão da natureza do ato de julgar. O Realismo Jurídico, o Positivismo, o Movimento do Direito Natural, o Movimento do Processo Legal, estudos jurídicos críticos e os movimentos para integrar outras disciplinas ao Direito aportaram novas ferramentas para entender a complexidade do papel do poder judiciário.

Nada obstante a importância de dessas correntes do pensamento jurídico e a sua aplicação, no entanto, a realidade jurídica e os conflitos humanos são por demais complexos para serem adequadamente capturados por uma dessas escolas de pensamento (o assunto será debatido no Capítulo 8). É tempo para um reexame "eclético" das várias teorias acerca do papel judicial. Esse reexame é oportuno agora, momento em que a globalização nos expõe a ideais e pensamentos que transcendem fronteiras nacionais e sistemas legais.

No contexto dos desafios trazidos acima, irrompem algumas importantes questões: o *status* judicial reforçado de que se vem falando nesta tese é apropriado? Os juízes têm concentrado poderes demais? A separação de poderes ficou turva nos últimos tempos?

O termo contenção judicial (bem assim o termo ativismo judicial, como demonstrado no capítulo precedente) é extremamente equívoco. Quando se pensa em autocontenção, normalmente se exige que o tribunal siga uma decisão de outro poder, mas não é um conceito precisamente definido. A autocontenção pode ter por incentivo o respeito aos poderes majori-

tários (autoridade política); ou o respeito a decisões de órgãos mais preparados tecnicamente (autoridade técnica — caso, por exemplo, das agências reguladoras) (BERGER, 2010).

Alguns defensores da autocontenção querem que os juízes sejam extremamente cautelosos ou, até mesmo, deixem de exercer o controle de constitucionalidade. Os motivos, às vezes, são confusos. Alguns proponentes da autocontenção simplesmente se opõemàdefinição do conteúdo de direitos individuais pela via judicial. Outros se dedicam a uma democracia majoritária ilimitada.

Muitos proponentes (e aí talvez se possa estabelecer um denominador comum) vêem a autocontenção judicial como um instrumento pragmático para proteger as cortes constitucionais do ataque em razão de decisões que impeçam expectativas públicas expressas na legislação. Esses proponentes vêem o controle de constitucionalidade como a atividade judicial que potencialmente engendra invasões políticas na independência judicial (SHAPIRO, 2013).

Dos muitos significados que são atribuídosà locução autocontenção judicial, cinco merecem ser mencionados: (1) os juízes seguem os precedentes; (2) os juízes aplicam o direito, eles não o fazem (“legalismo”– embora “formalismo” seja o nome mais comum – ou, melhor, “a lei me fez decidir assim”); (3) o judiciário utiliza uma metodologia jurídica amplamente aceita; (4) os juízes não são orientados pelo resultado do julgamento (*result-oriented*); (5) os juízes são relutantes em declarar inconstitucionais ações legislativas ou executivas – a deferência atinge o seu zênite quando a ação é desafiada em sua constitucionalidade (“contenção constitucional”) (POSNER, 2012).

Sobre o significado 1 acima (o juiz obedece aos precedentes), seria contido o juiz que obedecesse aos precedentes judiciais. Como já demonstramos acima, a não obediência a determinados precedentes pode não ser uma postura ativista, ou não deferente, uma vez que o caso *sub judice* pode ser diferente ou o próprio precedente pode ser passível de superação (*distinguishing* e *overruling*, respectivamente). Mas, nem por isso, o critério deve ser visto como inconsistente. Sim, pois para deixar de aplicar o precedente, ou seja, fazer a distinção ou a superação, o juiz terá um ônus argumentativo ampliado, o que já pode funcionar como um fator de contenção.

Sobre a ligação da ideia de autocontenção ao formalismo (significado 2 acima), pretendem os seus defensores que o juiz aplique os comandos normativos de sorte que o judiciário não seja criador de direito. É importante trazer aqui o ataque de HOLMES (2014) ao formalismo em *The Common Law*. Em uma das frases mais notáveis da literatura jurídica americana, HOLMES disse: “A vida do direito não tem sido lógica; tem sido a experiência”. HOLMES não diz que é bom ou ruim que o Direito (ele está falando do direito feito pelos

juízes, o *common law*) tenha sido moldado mais pelas necessidades do momento, intuições de políticas públicas e assim por diante do que pela lógica silogística. Mas está claro que ele achava inevitável e — sendo um darwinista social — não algo ruim; ele está constantemente questionando o silogismo (POSNER, 1983).

A tradição jurídica contra a qual HOLMES se rebelava é exatamente o formalismo. Essa é a ideia de que o juiz não tem qualquer desejo, não faz qualquer escolha de valor, é apenas uma máquina de calcular. Hamilton, em O Federalista n.º 78, parece adotar uma visão formalista, ao dizer que o judiciário não tem vontade. Mas, poucas páginas adiante, ele diz exatamente o contrário:

> "Não é com uma visão voltada às infrações à constituição somente que a independência dos juízes pode ser uma salvaguarda essencial contra os efeitos de maus humores ocasionais da sociedade. Esses às vezes se estendem mais longe do que a lesão a interesses privados de classes particulares de cidadãos, por leis injustas e imparciais. Aqui também a firmeza do magistério judicial é de vasta importância em mitigar a severidade, e confinar a operação de tais leis. Isso não apenas serve para moderar os males daquelas que podem ter sido aprovadas, mas opera como um controle do poder legislativo em aprová-las; . . . Homens atenciosos, de toda espécie, deveriam premiar o que quer que tenda a gerar ou fortalecer esse temperamento nos tribunais. . . .".

A negação ao formalismo parece um convite para que os juízes definam o seu próprio sentido de justiça contra aquele contido na legislação e, sob o disfarce da interpretação, tornar a legislação mais civilizada na aplicação do que ela seria na intenção. Por outro lado, como já se deixou claro ao longo deste trabalho, deve ser rejeitado o argumento de que o juiz meramente pronuncia o direito e não que o cria. Assim, o formalismo acaba sendo uma abordagem fictícia do fenômeno jurídico.

Em defesa do formalismo, pode-se utilizar o argumento filosófico de que não há casos difíceis e que a discricionariedade judicial não existe. No entanto, essa resposta está longe de ser satisfatória e contém um patente artificialismo. Nem mesmo o Professor Ronald Dworkin —defensor de que todo problema legal tem apenas uma única resposta correta —diz meramente que há decisões judiciais boas e ruins. Ele propõe uma teoria completa descrevendo como o juiz Hércules deveria tomar a melhor decisão em "casos difíceis".

Essa avaliação deve ser realizada dentro de um quadro do papel do poder judiciário e do tribunal constitucional em uma democracia. Um reexame é, assim, necessário, e as conclusões devem ser desenhadas sobre o que pode ser exigido dos juízes e o que pode se esperar dos quadros normativos em que eles operam.

É certo que essas questões não surgem com frequência nos "casos fáceis", em que há uma resposta mais ou menos consensual para o problema legal, e o juiz não tem outra escolha

justificável que não seja escolhê-la. Tais casos sequer chegam normalmente às supremas cortes.

Mas, como devem ser decididos os casos difíceis, aqueles nos quais a questão tem mais do que uma resposta possível? Esses são os casos que geram acesas controvérsias e que não raro chegam à altas cortes. Neles é que aparece a questão da discricionariedade judicial para resolvê-los. Dessa forma, a decisão pode ser legítima, mas como saber seé a mais apropriada? O que o juiz deve fazer para adequadamente cumprir o seu papel? Qual é o seu papel enquanto juiz?

Com efeito, há uma área na qual um juiz não pode decidir simplesmente com base na vontade de outros atores — legisladores ou juízes que decidiram casos prévios, ou os autores da constituição. Dentro daquela área, o juiz deve desenhar os seus próprios valores e preferências para chegar a uma decisão. Mas, ele deve fazê-lo de uma maneira principiológica (POSNER, 1983), ou, dito em outras palavras, condicionada normativamente.

Na tarefa de colmatar a lacuna entre direito e sociedade, o juiz deve levar em conta as limitações institucionais do judiciário. Reconhecidamente, a criação judicial do Direito, mormente através da interpretação, é um papel central do poder judiciário, especialmente do tribunal constitucional. Mas, esse papel é incidental em relação à solução de controvérsias. Por natureza, os juízes criam o direito apenas esporadicamente, resolvendo conflito, e não sistematicamente.

No momento epistemológico atual, a discussão mais acesa não é mais se o juiz cria ou não direito, uma vez que uma vasta literatura jurídica se inclina a defender que o juiz efetivamente desempenha um papel de criador de normas jurídicas. A maior discussão, na atualidade, em relação ao tema, é saber quais são os limites dentro dos quais a atividade criadora do juiz é legítima. Ultrapassados tais limites, a atuação do juiz seria ilegítima e passível de correção por indevidamente alterar a divisão de atribuições entre os poderes estatais (ROMBOLI, 2015, 54). Como ressalta o Professor Roberto ROMBOLI (2015, 55), "entre os limites que são claramente colocados à atividade interpretativa do juiz está, sem dúvida, a necessidade de respeitar o texto normativo e as regras da interpretação".

A criação judicial do direito, que colmata a lacuna entre direito e sociedade, deve ser consistente não apenas com os valores básicos da sociedade, mas também com a percepção fundamental dela em relação ao papel do judiciário (BARAK, 2010).

A respeito do *common law*, isso é certamente verdadeiro: nenhum sistema de *common law* hoje é o mesmo de 50 anos atrás e os juízes são responsáveis por essas mudanças. Essa mudança envolve criação. Mas, pode-se afirmar que o mesmo também é verdade sobre a in-

terpretação de um texto legal. O significado do direito antes e depois de uma decisão judicial não é o mesmo. Antes do julgamento havia, em casos difíceis, diversas possibilidades. Depois do julgamento, o direito é o que a decisão diz. O significado do direito mudou. Novo direito foi criado. Portanto, inegavelmente, o juiz exercita um papel criativo.

Isso não quer dizer que o juiz tem uma agenda política. Certamente, o juiz não deve ter agenda política. A sua preocupação deve ser, naturalmente, com a política judiciária; isso é, com a formulação de uma abordagem sistemática e principiológica para o exercício da discricionariedade.

Já em relação aos significado 3 e 4 acima, a linha entre ser principiológico (significado 3) e orientado pelo resultado (significado 4) é estreita. A situação que segue é bastante ilustrativa: suponha que o juiz A sempre votou contra sindicatos quando eles eram parte em casos que lhe eram submetidos. Se ele fizesse isso porque não gosta de sindicatos, poder-se-ia provavelmente descrever suas decisões como orientadas pelo resultado. Mas, se a decisão simplesmente resultasse do fato de que ele tinha formulado e aplicado um princípio que determinasse esses resultados, o rótulo orientado pelo resultado seria inapropriado. Nessa última hipótese, ele estaria sendo principiológico. Para ser um julgador principiológico,o juiz deve se dispor não somente a afirmar publicamente os verdadeiros motivos da decisão; deverá ser consistente e coerente em seus fundamentos, aplicando a mesma solução aos casos idênticos.

Em relação ao significado 5, talvez seja a mais conhecida e mais antiga versão da autocontenção (contenção constitucional). Ela começa com um artigo de 1893do Professor de Direito em Harvard, James Bradley THAYER (2014). Nesse artigo, ele argumentava que uma lei deveria ser invalidada tão-somente se a sua inconstitucionalidade for tão clara que não seja aberta a um questionamento racional.A Escola de THAYER floresceu quando não havia qualquer teoria formulada sobre como decidir um caso difícil. Mas, a teoria de THAYER e a própria Escola Thayeriana perderam o vigor ao longo de décadas.

Segundo POSNER (2002), ela morreu por uma variedade de razões: repousava sobre falsas premissas sobre a deliberação judicial; carecia de coerência – os Thayerianistas não constituíam uma comunidade de pensamento; não tinha ponto de chegada – uma vez que era abraçada, não se poderia explicar por que uma lei em algum momento poderia ser declarada inconstitucional; era vulnerável ao advento de teorias constitucionais; e o seu *coup de grâce* foi dado por uma combinação de decisões pela liberal *Warren Court* e pela rejeição dos sucessores conservadores de Warren em aceitar uma teoria dos precedentes, em que *justices* liberais se afastam do precedente para expandir os direitos constitucionais e em que os seus

sucessores conservadores conservam aqueles entendimentos por uma questão de compromisso com o "stare decisis".

Apesar de a Escola Thayerianista ter perdido o vigor, discordamos da afirmação de POSNER de que a autocontenção thayerianista morreu. Na verdade, ainda hoje há seguidores que defendem essa bandeira de forma veemente, como é o caso do juiz WILKINSON III (cujo pensamento será analisado no Capítulo 8 abaixo). Deixando de lado essa controvérsia sobre ter ou não morrido, a Escola de Thayer trouxe importantes progressos para a teoria da autocontenção: instrumentos processuais para desviar das questões constitucionais, a noção de contenção como um desempatador pragmático, e uma *checklist* de considerações que defendem a contenção em casos particulares, como o próprio POSNER reconhece (2002).

Era central para o pensamento de THAYER a distinção entre o que é meramente incorreto e o que é irrazoável ou, de maneira equivalente, claramente errôneo ou um abuso da discricionariedade. THAYER defendia a fórmula de que a inconstitucionalidade só deveria ser prolatada quando for clara além de uma dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*), que é o nível de certeza suficiente para, no Direito Norte-Americano, sustentar uma condenação criminal.

THAYER apresentou diversas razões em defesa de seu conceito de contenção judicial. Primeiro, autorizar cortes a invalidar leis editadas pelo Legislativo nacional era uma inovação americana com um frágil lastro na Constituição e ainda controvertida quando ele escreveu. Isso argumentava em benefício da contenção prudencial; os tribunais devem ser cautelosos em confrontar diretamente os demais poderes.

Segundo, normalmente uma lei entra em vigor anos antes de uma corte decidir um caso no qual a constitucionalidade é questionada. THAYER argumentou que isso implicava que o Poder Legislativodeveria fazer um julgamento constitucional independente – especialmente o Legislativo Federal, porque as cortes federais nos Estados Unidos (assim como no Brasil) não exaram opiniões meramente consultivas – e, assim, o Congresso tem que decidir por si se uma lei que ele quer editar é inconstitucional. O Congresso é, assim, uma espécie de Tribunal Constitucional, segundo o seu entendimento.Os ingleses, por exemplo, levaram essa ideia ao extremo por longo tempo, fazendo do Parlamento a Suprema Corte Nacional – um ato do Parlamento tinha a força de uma emenda constitucional. THAYER estava advogando uma versão modificada da abordagem inglesa.

Terceiro, as questões que dizem respeito à esfera de poder de diferentes poderes são inescapavelmente políticas e, portanto, os tribunais têm forçosamente que usar critérios políti-

cos, mais do que legais, para responder a eles. THAYER achava que esses critérios geralmente favoreceriam a contenção.

Quarto, e mais importante (e decorrente dos primeiros dois pontos), se as cortes efetivassem limitações constitucionais até o extremo, os legisladores pararíam de pensar sobre a constitucionalidade de suas propostas e passariam a pensar tão-somente sobre como as cortes reagiriam. As deliberações legislativas seriam amesquinhadas e o Legislativo, trivializado.

O sucessor imediato e mais notável de THAYER foi Oliver Wendell HOLMES, que tinha colaborado com ele por um certo tempo. Depois veio Brandeis (um ex-aluno de Thayer). Após, Frankfurter (um acólito de Holmes e Brandeis e o mais enfático defensor da autocontenção em termos Thayerianos) e Alexander Bickel (um antigo assessor e um acólito de Frankfurter). Existem outros nessa linhagem, mas essas são as figuras principais.

Com a morte de Bickel em 1974, o cerne da tradição Thayerianista sofre um duro golpe. As doutrinas da judicialização decisivamente formatadas por Brandeis sobreviveram, embora com lapsos, como em *Roe v. Wade* (liberação do aborto). Mas, alguns traços da autoconteção de THAYER permanecem.

Os termos "autocontenção judicial" e "ativismo judicial" sobrevivem, mas o grave problema, como já se vem defendendo neste trabalho, como ideias vagas e multiuso; o termo autocontenção judicial sobrevive como um elogio vago e multiuso; o termo ativismo judicial sobrevive como uma ideia pejorativa vaga e multiuso. Os seus significados originais se perderam largamente.

Um dos poucos discípulos de THAYER, na atualidade, e um grande defensor da autocontenção, como jáanunciado acima, é o Juiz Federal J. Harvie WILKINSON III, do *Fourth Circuit* (Quarto Circuito), notável por se opor não somente a *Roe v. Wade*, abominado por conservadores, mas também *District of Columbia v. Heller*, abominado por liberais (a posição de WILKINSON III será analisada com detalhes no Capítulo __ abaixo).

Teorias constitucionais modernas – tanto o Originalismo de Robert Bork e de Antonin Scalia (analisadas no Capítulo 8), quanto o Textualismo de Easterbrook ou a representação de efetivação de Ely, ou a liberdade ativa de Breyer's, ou a Constituição como *common law*, ou a Constituição Viva, ou a leitura moral da Constituição, ou libertarianismo, ou a Constituição no exílio, ou qualquer outra Escola – são desenhadas para dizer aos juízes, particularmente os Juízes da Suprema Corte, como decidir casos de forma correta mais do que meramente de forma sensível ou prudente.

As pretensões da teoria constitucional estão sumarizadas na insistência de Ronald Dworkin de que até mesmo a questão jurídica mais difícil ou indeterminada tem "respostas

corretas". Ele reconhece que a resposta correta pode não ser sempre determinável com suficiente segurança. Mas, os juízes, se não informados sobre o que fazer quando não possam achar a resposta correta para uma questão que um caso lhes apresenta, serão relutantes em reconhecer uma inabilidade em encontrá-la.

Se há uma resposta correta demonstrável para até mesmo a questão constitucional mais difícil, é natural pensar que qualquer outra resposta que não foi dada pelo juiz está equivocada.

THAYER, em sua teoria, não estava construindo um novo argumento, mas, sim, reforçando uma antiga noção Jeffersoniana de que a interpretação da Constituição cabe primariamente ao povo e não aos tribunais. A substituição desse conceito de constitucionalismo popular pela moderna doutrina de supremacia judicial – uma mudança que apenas se estabeleceu verdadeiramente na década de 1960, nos Estados Unidos– mudou o debate político sobre quem deveria interpretar a Constituição para como a Constituição deveria ser interpretada.

A autocontenção judicial decaiu a um ponto em que se tornou pouco mais do que uma ferramenta retórica usada oportunisticamente por ambos os lados do debate constitucional. Mas, de qualquer sorte, o culpado por esse encaminhamento não é o desenvolvimento de teorias da interpretação constitucional. É, na verdade, nossa adoção da noção de que o significado de uma Constituição democrática é uma tarefa a ser deixada inteiramente aos juízes (KRAMER, 2012).

As questões políticas (*Political Questions*)

No direito constitucional norte-americano, como suporte à autocontenção, encontrou amplo espaço a doutrina das questões políticas (*political questions*) como uma forma de manter o Poder Judiciário distantes de alguns temas, que deveriam ficar reservados à arena política. Dessa forma, a direção dessa doutrina éesvaziar a jurisdição constitucional, pois, quando a questão for política, cabe ao judiciário se abster. Ela distingue três significados da expressão-*questões políticas*: questão política por razões normativas, por razões institucionais e por razões de recepção da decisão.

A questão política por razões normativas é aquela na qual falta uma norma constitucional clara que sirva de referência para a decisão. Todavia, a ausência de critérios constitucionais substanciais de referência não equivale, conceitualmente, à sua pouca clareza. A ausência abre margem para a discricionariedade do legislador; o defeito de clareza, frequente no direito constitucional, comporta um suplemento de interpretação para clarificar. De fato, no entanto,

as duas situações não são claramente separáveis, pois que, na obscuridade, é fácil concluir pela ausência da norma (ZAGREBELSKY, p. 125).

As questões políticas por razões institucionais são aquelas cujas decisões alterariam o sistema de balanceamento dos poderes, determinando uma "invasão" de um poder em outro. O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos se desenvolveu como consequência da autonomia do Judiciário em relação ao Legislativo (e ao Executivo), isto é, como consequência da separação dos poderes que deriva do dever dos juízes de aplicar a constituição. Por isso, o Judiciário, enquanto é reconhecido o poder de controlar a constitucionalidade das leis e, eventualmente, até de não aplicá-la como consequência daquele princípio, se reconhece incompetente para entrar em setores que a Constituição reserva ao Executivo, como a política externa, as ações militares no exterior e o exercício de poderes excepcionais em razão de segurança nacional que comportam "suspensões" de garantias constitucionais (BARAK, 2010; ZAGREBELSKY, p. 125).

As questões políticas por razões de recepção seriam aquelas nas quais a não judicialização é justificada pela exigência de proteger a própria corte do risco de "politização", que poderia comprometer a confiança do público na objetividade da função judiciária (BARAK, 2010).

É importante notar, ainda, que nem todos os tempossão favoráveis à expansão da justiça constitucional. Às vezes, as "virtudes passivas" das cortes constitucionais são mais oportunas do que aquelas "ativistas".

O tempo da virtude passiva é aquele da fragilidade da constituição e da turbulência da política; o da da "virtude ativa" é o tempo da força da constituição e da calma da política. Os tempos difíceis da fragilidade requerem uma maior circunspecção por parte das cortes, diante do perigo de se fazer arrastar nas questões políticas e de comprometer, assim, ulteriormente, a própria constituição.

A retomada da plena legitimidade constitucional é tarefa da *política constitucional*, no sentido mais elevado e compreensivo da expressão. A persecução dessa tarefa tem as suas exigências: os seus tempos e os seus meios não são necessariamente aqueles da justiça constitucional. A própria ideia de subrogar a legitimidade constitucional com decisões em nome da legalidade constitucional pode ser, nas situações de crise, uma ilusão perigosa e contraproducente (ZAGREBELSKY, p. 126).

Que a autocontenção ascendeu, mas, depois, caiu, parece-nos claro. A queda, em particular, se torna crescentemente óbvia.

CAPÍTULO 8. TEORIAS INTERPRETATIVAS COMO TENTATIVAS (FRUSTRADAS) DE LIMITES AO ATIVISMO

É importante iniciar este capítulo(que, em última análise, é sobre a objetividade na interpretação da constituição), com a seguinte pergunta: a República Federativa do Brasil é regida por uma só Constituição? Talvez muitas pessoas – inclusive os juristas – digam que sim.Mas, em um certo sentido, essa resposta está errada.

Na verdade, uma análise mais detida nos mostra que nossos desacordos produzem mudanças importantes em nossa Lei Fundamental. Em julgamentos diferentes, o significado da Constituição pode se alterar dramaticamente, mudando o conteúdo dos direitos e das instituições, às vezes até de forma radical.

Como já ressaltado, este trabalho admite o pressuposto pós-positivista de que o juiz não aplica o direito, mas, na verdade, é também agente de sua criação e modificação. Segundo essa concepção, o direito não é mais – como se entendia na época das codificações oitocentistas – obra apenas do legislador. É, tanto quanto ou até mais, obra do constituinte e da jurisdição constitucional.

Um modelo simples de decisões judiciais, seguindo essa última concepção apresentada, diria que casos fáceis são cobertos por regras já existentes, enquanto casos difíceis envolvem lacunas na lei, espaço no qual os juízes exercem a discricionariedade, criando novo direito de forma semelhante àquela dos legisladores.

Como já explicitado no Capítulo 2, neste trabalho se adota uma visão que tenta, de certa forma, reinterpretar o poder judiciário, abandonando a ideia de que é um mero defensor objetivo e independente da ordem constitucional. Ao contrário, assume-se o juiz constitucional como uma “contra-estrutura instituída”, um “contra-poder” que concretiza enunciados

linguísticos, transformando-os em direitos concretos e efetivos, contra as maiorias episódicas (QUEIROZ, 2000, p. 14).

Conforme já debatido linhas atrás, essa "moderna interpretação da constituição", pós-positivista, deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o Positivismo lógico-formal, que predominava na época do Estado Liberal. Redundou, assim, na busca do sentido mais profundo das constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do direito com a sociedade. Como ressalta BONAVIDES (2007, p. 477), "Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz (...)".

A "concretização" e a "compreensão" apenas se viabilizam em vista de um problema concreto. Assim, a atribuição do conteúdo da norma e a sua aplicação ao caso são um único processo. Não há a distinção entre a interpretação do texto, em uma primeira fase, e, posteriormente, a sua aplicação ao caso concreto. Desse modo, "o método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a "compreensão prévia" do intérprete e o *problema concreto a resolver*" (BONAVIDES, 2007).Assim, ao interpretar a constituição, devemos navegar entre a fidelidade ao passado e as necessidades do presente, entre o geral e o particular, e entre o abstrato e o concreto (FARBER e SHERRY, 2009, p. 23).

Todavia, a metodologia concretista de interpretação da constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político e tem levado, assim, à redução da consistência jurídica da constituição ou, até mesmo, "a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração" (BONAVIDES, 2007, p. 484). Por isso, essa hermenêutica tem sido criticada como uma volta à interpretação subjetivista, o que, certamente, representa um risco para o Estado de Direito e para a Democracia (STRECK, 2012, p. 38 e ss.).

Com efeito, essa hermenêutica dita "moderna" e que, de fato, tem muitos méritos, conduz inevitavelmente a esse sentimento de insegurança, uma vez que o conteúdo da constituição será construído na prática da jurisdição constitucional, espaço no qual há poucos constrangimentos hermenêuticos. Surge, então, a preocupação de que o juiz constitucional venha a usurpar a função do constituinte e do legislador. Como destaca BONAVIDES (2007, p. 485), há um receio quanto à perda da "função estabilizadora da Constituição". Diante desse problema, cabe a pergunta: é possível a objetividade na interpretação? O que é essa objetividade?

Com a finalidade de limitar a prevalência da vontade no ato processo interpretativo, alguns autores, como é o caso de Cristina QUEIROZ (2000, p. 19), defendem que é necessário construir uma Teoria da Constituição, um "discurso sobre o método" (*juristische Metodik*), um conceito conjunto que "compreende uma dogmática jurídica, uma metodologia". Assim, a interpretação visa não a um fim qualquer, mas a um fim correto, justo, adequado e sujeito a constrangimentos necessários ao ambiente jurídico.

Dotados de uma Constituição que já completou dois séculos de existência, os Estados Unidos viram florescer entre os seus juristas diversas doutrinas de interpretação constitucional entre as que hoje se conhecem e que influenciaram diversos outros países no mundo, o Brasil incluído. Ali é que se difundiram, na segunda metade do século XX, algumas abordagens teóricas originais em relação à natureza contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade.

Essas abordagens (que serão analisadas neste capítulo) tentam construir um mecanismo interpretativo destinado a limitar a discricionariedade judicial (FARBER e SHERRY, 2009, pg. 26) e esse é um objetivo fundamental e de extrema importância. No entanto, em nossa visão, elas cometem o equívoco de repousar sobre a visão dicotômica das decisões judiciais na jurisdição constitucional: ou elas são artificialmente limitadas ou puramente políticas.

A primeira linha de abordagem (as decisões judiciais podem ser limitadas por um método interpretativo) procura limitações para controlar os juízes que consideramos artificiais, como já se antecipou; a segunda (não há limites para o julgador) nega a possibilidade de limitações e, assim, assume que todos os juízes são políticos. Nenhuma delas, no entanto, reconhece a possibilidade de que a interpretação judicial pode ser ao mesmo tempo flexível (ou seja, sem constrangimentos artificiais) e principiológica (ou seja, não primariamente política, mas, sim, sujeita a verdadeiros constrangimentos normativos).

A crítica será retomada no próximo capítulo, para que se desenvolva a nossa concepção de que não são teorias pré-fabricadas que trarão objetividade à interpretação constitucional, ou seja, a objetividade não decorrerá de constrangimentos teórico apriorísticos.

Para desenvolver esse tópico, no entanto, é necessário, em primeiro lugar, analisar especificamente algumas dessas teorias interpretativas e demonstrar algumas de suas fragilidades. É o que a tese se propõe a fazer em seguida.

8.1. A Teoria do Constitucionalismo Vivo (*The Living Constitutionalism*)

Defendida por William J. BRENNAN JR., a teoria do Constitucionalismo Vivo (*Living Constitutionalism*) defende que a interpretação constitucional deve levar em consideração o significado que o texto tem no momento em que a interpretação está sendo realizada. Dessa forma, BRENNAN JR. rejeita a interpretação fundada na intenção dos constituintes, ao contrário do que defendem os originalistas. Como escreveu, "nós, juízes da atualidade, lemos a Constituição da única maneira que podemos: como americanos do século vinte" (*"We current justices read the Constitution in the only way we can: as twentieth-century americans"*) (BRENNAN JR., 2014).

Postas essas premissas, a teoria de BRENNAN JR. sustenta que quando o processo político falha, os juízes devem efetivar os valores da contemporaneidade. Dessa forma, a constituição está em permanente evolução e atualização, dado que é viva, dinâmica, e não, estática.

Apesar de toda a sua virtude em entender a constituição como um ente vivo e, assim, adaptável às novas realidades, essa Teoria tem um grande calcanhar de Aquiles, que é a falta de limites para os juízes.Os juízes, como atualizadores da Constituição, encontram que limites? Essa falta de limites pode representar um atentado contra os demais poderes, democraticamente eleitos, e levar a uma falsa ideia de que o poder judiciário dará o remédio para todos os problemas não resolvidos na arena política ("salvador da pátria").

Como chama atenção WILKINSON III (2012, p. 22), os adeptos no Constitucionalismo Vivo parecem querer tratar a constituição como propriedade única do poder judiciário, ou seja, os demais poderes não são chamados a participar da sua interpretação.

Será que o poder judiciário é o poder mais adequado para interpretar a constituição de forma vinculante? É importante lembrar que os juízes estão, por vezes, afastados dos setores da sociedade e fechados em códigos de leis e na letra da constituição. Será que um poder não representativo pode identificar adequadamente quais são os valores sociais em um dado momento?

Parece que o Constitucionalismo de BRENNAN parte de uma premissa de que uns poucos "doutores da lei" sabem o que é melhor para milhões de pessoas. A teoria do Constitucionalismo Vivo tem por antagonista a Teoria Originalista, a ser analisada em seguida, e

que privilegia a visão que os constituintes ("*The framers*") tinham sobre a constituição ao concebê-la.

8.2. O Originalismo

O Originalismo é creditado às ideias do ex-juiz da Suprema Corte Americana Robert BORK, especialmente no seu trabalho *The Tempting of America* (1997).

No entanto, outros juristas norte-americanos ilustram que o Originalismo esteve presente desde o nascimento da Constituição dos Estados Unidos. O *Justice* John Marshall, por exemplo, expôs ideias originalistas, referindo-se à intenção dos constituintes ao fundamentar os seus votos em relação a diversas questões, inclusive em *Marbury v. Madison*(WILKINSON III, 2012, p. 34).

O Originalismo defende que o melhor guia para se interpretar a constituição é remeter ao que os constituintes pensavam sobre a questão, uma espécie de *mens legislatoris*.

O grande dilema em relação à constituição apontado por BORK é que, na Constituição americana, assim como em diversas outras, incluindo a brasileira, convivem em tensão dois princípios: de um lado, o poder da maioria; do outro, a liberdade da minoria. Para manter o equilíbrio entre essas duas forças antagônicas é que existem os tribunais.

Na visão de BORK, apenas a aderência às concepções originais dos constituintes (daí Originalismo) é que permitiriam aos tribunais agir de forma neutra no exercício desse mister. Dessa forma, o que mais importa é descobrir qual o sentido que o texto constitucional tinha quando foi concebido ("*All that counts is how the words used in the Constitution would have been understood at the time*").

Ele vai ao extremo de defender que na tentativa de buscar a concepção sobre o texto constitucional no momento em que foi editado deve o intérprete, inclusive, consultar os debates nas convenções da época, as discussões públicas, os jornais, os dicionários então em uso ("*in the secondary materials, such as debates at the conventions, public discussion, newspaper articles, dictionaries in use at the time, and the like*").

Inegavelmente, o Originalismo tem uma grande virtude que é a preocupação em limitar a discricionariedade judicial e, assim, tentar analisar a questão da legitimidade do poder judiciário. A sua contraposição com a Teoria do Constitucionalismo Vivo está exatamente em desencorajar que os juízes utilizem os seus próprios valores na interpretação da constituição.Assim, para que o julgamento seja legítimo, o juiz deve consultar fontes externas, buscando a objetividade, e não utilizar-se do subjetivismo, buscando valores seus.

No entanto, a teoria falha gravemente por seu artificialismo, uma vez que deixa de entender que o Direito evolui junto com a sociedade e que a busca pelo entendimento original dos constituintes pode levar a decisões absurdas aos olhos do mundo contemporâneo.

SUNSTEIN (2009, p. 63), em ácida crítica ao Originalismo, ensaia um exercício especulativo interessante sobre o que aconteceria se a Suprema Corte dos Estados Unidos adotasse a concepção originalista (ou, na expressão que ele utiliza, a concepção "fundamentalista"): a discriminação pelos estados em relação ao gênero das pessoas seria totalmente aceitável; o governo federal poderia discriminar em relação ao aspecto racial, uma vez que a Cláusula da Proteção da Igualdade da Emenda 14, que proíbe essa espécie de discriminação, conforme o que lá está escrito, se aplica apenas aos governos estaduais; na verdade, até mesmo os governos estaduais provavelmente poderiam impor a segregação racial, pois a referida cláusula não foi interpretada no sentido de impedir dita discriminação até 1954, na célebre decisão de *Brown v. Board of Education*pela Suprema Corte; provavelmente, diz ele, os estados também poderiam estabelecer igrejas oficiais.

Além disso, os juízes não estão preparados para lidar com esse tipo de pesquisa histórica proposta por BORK. Talvez seja uma tarefa mais adequada para historiadores do que para operadores do Direito, que, no exercício desse ofício, possivelmente não teriam condição de passar de aspirantes ou de historiadores amadores.

Essa dificuldade (ou impossibilidade) de realização de uma pesquisa histórica séria por parte dos juízes, bem como o absurdo a que chegariam algumas decisões caso se atives-sem ao entendimento dos constituintes sobre o texto constitucional, ao invés de reduzir o subjetivismo, talvez findassem por estimulá-lo.

Um outro defensor do Originalismo é o juiz Antonin SCALIA, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo SCALIA (1998, p. 23), o Originalismo (que ele nomina de Textualismo) é, em alguns círculos mais sofisticados, tratado como "grosseiro", "sem imaginação" e

"pedestre". Mas, ele diz que não é nada disso. Para ser um bom textualista (entenda-se originalista), o indivíduo, segundo SCALIA,não deve ser tão limitado de sorte a ignorar os amplos propósitos sociais para os quais uma lei é editada(ou deveria sê-lo); ou demasiado raso para se dar conta de que novos tempos requerem um novo direito. Segundo SCALIA, deve-se apenas entender que os juízes não têm autoridade para perseguir aqueles amplos propósitos ou escrever aquele novo direito propugnado por outras correntes hermenêuticas, como é o caso do Constitucionalismo Vivo.

A interpretação constitucional, para SCALIA, é especial e distinta não porque há princípios específicos que se aplicam a ela, mas porque os princípios comuns são aplicados a um texto que não é comum. Na interpretação textual, o contexto é tudo, e o contexto da constituição, segundo SCALIA, nos diz para não esperarmos que ela desça a minúcias e para dar às palavras e às frases uma interpretação ampla. Mas, isso não quer dizer que se possa lhe dar uma interpretação que desborde dos limites das linguagem (SCALIA, 1998, p. 37).

Ele invoca como exemplo a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos,que proíbe a restrição das liberdades de discurso e de imprensa. Essa frase não cobre todas as possibilidades comunicativas, decerto. Cartas manuscritas, por exemplo, não são discurso nem imprensa. No entanto, não resta qualquer dúvida de que elas não podem ser censuradas, argumenta SCALIA. Nesse contexto constitucional, discurso e imprensa, as duas formas mais comuns de comunicação funcionam como uma forma de sinédoque para o todo. Isso não é interpretação estrita, mas interpretação razoável, segundo ele (SCALIA, 1998, p. 38).

E assim sintetiza o seu pensamento: "(...) o que eu procuro na Constituição é exatamente o que eu procuro nas leis: o significado original do texto, não o que os seus criadores queriam que ela significasse" (SCALIA, 1998, p. 38).

Ele defende que o grande divisor de águas a respeito da interpretação constitucional não é aquela entre a intenção ou a vontade de seus elaboradores e o significado objetivo, mas sim aquela entre o significado original e o significado atual. E critica ferozmente o que chama de "ascendente escola da interpretação constitucional", que sustenta a existência do que se chama de "Constituição Viva", um corpo de leis, segundo ele, que (diferentemente das leis comuns) cresce e muda de tempos em tempos, de sorte a se aproximar das necessidades de uma sociedade em permanente mutação. E são os juízes que estabelecem tais necessidades e descobrem aquele direito em mutação. E avança: "Parece familiar, não? Sim, é o *common law*

de volta, mas muito mais poderoso do que o velho *common law* sempre pretendeu ser, porque agora ela prevalece até mesmo sobre as leis democraticamente aprovadas" (SCALIA, 1998, p. 39).

Invoca, outrossim, a ampliação conferida ao conteúdo da Constituição ao longo do tempo, para muito além do que, segundo, ele, consta do seu texto. Ele diz que se se for a uma aula de Direito Constitucional, ou estudar um manual de Direito Constitucional, ou ler uma petição em um caso de Direito Constitucional, raramente se encontrará um argumento que remeta ao texto da Constituição, ou à questão de como a previsão constitucional foi entendida originalmente ou mesmo a intenção do constituinte. O ponto de partida da análise serão os casos da Suprema Corte, e a nova questão presumivelmente será decidida de acordo com a lógica que esses casos expressaram, sem qualquer consideração quanto a quão distante essa lógica, assim estendida, nos distanciou do significado e do texto originais (SCALIA, 1998, p. 39).

SCALIA defende, ainda, que não pode ser dito que uma constituição naturalmente sugere mutabilidade; ao contrário, o seu propósito geral, para ele, é impedir a mudança, albergando certos direitos de tal forma que as futuras gerações não podem, sem mais, se livrar deles (1998, p. 40).

E indaga: que fontes o juiz deve consultar para determinar quando, e em que direção, a evolução ocorreu? É o desejo da maioria, obtida nos jornais, rádios, debates, pesquisas de opinião pública, ou conversas no clube? É a filosofia de Hume, John Rawls ou de John Stuart Mill, ou de Aristóteles? Tão logo quanto a discussão vai além da questão de se a Constituição é estática, os evolucionaistas se dividem em tantos campos quantas são "as visões do bem, da verdade e do belo" (SCALIA, 1998, p. 45).

Apesar de toda a engenhosidade em sua formulação, não se pode dizer que o Originalismo reduz a discricionariedade judicial. A Teoria Originalista (ou Textualista) é, na verdade, uma tergiversação do problema do ativismo. Dizer que o Originalismo leva a uma autocontenção é uma falácia. Tome-se o exemplo do controle de armas, nos Estados Unidos, em que a Suprema Corte, ao liberar o controle de armas com base na interpretação original da Constituição, invalidou leis legitimamente aprovadas que caminhavam no sentido da restrição. O originalismo, nesse caso, levou ao ativismo e não à autocontenção, como os seus defensores pretendem.

Além disso, o Originalismo, ou Textualismo, como prefere Antonin SCALIA, vai de encontro ao que se espera de uma constituição: a preservação de valores e direitos aliada à sua plasticidade ou adaptabilidade às novas realidades sociais.

8.3. A Teoria do Processo Político (*The Political Process Theory*)

A Teoria do Processo Político surgiu como uma tentativa de superação da Teoria do Constitucionalismo Vivo e do Originalismo. O defensor mais proeminente dessa teoria é John Hart ELY, em seu célebre livro Democracy and Distrust (2002).

Naquela obra, ELY parte da premissa de que o debate entre as teorias do Constitucionalismo Vivo e do Originalismo repousam em uma falsa dicotomia, como deixa claro já na abertura do volume (ELY, 2002, vii). Dessa forma, ELY declaradamente rejeita ambas as abordagens sobre o método de interpretação da constituição.

ELY sustenta que nenhum desses métodos é conciliável com os pressupostos do sistema democrático norte-americano. Por essa razão, ELY diz o seu objetivo é demonstrar uma terceira teoria do controle judicial de constitucionalidade, que seja consistente com aqueles pressupostos.

Criticando o que ele chama de "interpretativismo" (*"interpretivism*", também designado por Originalismo), ELY diz que o Originalismo pretende instaurar a interpretação das vozes de pessoas que morreram há um ou dois séculos, o que, para ele, não parece razoável (ELY, 2002, p. 11).

De outro lado, ele critica o que chama de "não interpretativismo" ("*noninterpretivism"*, também designada por Constitucionalismo Vivo), que é uma forma de interpretar em que o judiciário em geral e a Suprema Corte, em particular, dariam o conteúdo ao texto aberto da constituição, identificando e efetivando os valores que são importantes e fundamentais (ELY, 2002, p. 43).Em relação a essa metodologia, ELY tece sua críticaafirmando que é uma procura vã buscar uma fonte externa de valores com os quais integrar o texto constitucional de tessitura aberta, além de se acabar transformando os tribunais em um conselho de revisão legislativa (2002, p. 73).

Ely argumenta que nenhum desses métodos (Constitucionalismo Vivo, de um lado, e Originalismo, de outro) é democrático. Mas, isso não o faz concluir que o controle de constitucionalidade em si é antidemocrático, diz ele. Ao contrário, em importante passagem (2002, p. 78), reconhece que o sistema democrático não oferece efetiva proteção para as minorias cujos interesses sejam diferentes dos demais. Como se trata da minoria, a situação não pode ser facilmente resolvida na seara política.

A partir dessas considerações, ELY constroi sua tese, que se baseia em dois pressupostos fundamentais: a) inaceitabilidade da ideia segundo a qual os juízes melhor refletem os valores sociais do que os membros do poder legislativo; b) a importância de uma abordagem que reforce o papel do legislativo.

A partir desses dois fundamentos, ELY sustenta que os tribunais apenas deveriam intervir quando o processo político não funcionar bem. Mas, o que é funcionar bem ou mal? Ele esclarece que funciona mal a democracia quando o processo político é indigno de confiança, ou seja, quando: a) as classes dominantes sufocarem os canais de mudança política para assegurar que os que estão dentro do sistema não saiam e os que estão fora não entrem; e b) embora seja garantido o direito ao voto, quando a maioria representada não resguardar os interesses das minorias, negando-lhes a proteção concedida a outros grupos mais fortes e predominantes.

Isso não quer dizer, no entanto, que ELY tenha o papel desempenhado pelo legislador em alta consideração; ao contrário, afirma que os representantes do povo são as últimas pessoas em quem os cidadãos deveriam confiar para resguardar os seus interesses. No entanto, os juízes tampouco podem ser vistos como pessoas que têm a capacidade de ver e identificar os genuínos valores sociais, segundo ele (2002, p. 103).

Uma grande virtude dessa teoria é ter salientado que o processo político é importante, ou seja, que a legitimidade dos poderes políticos dependem da transparência e da justiça de seus meios. Dessa forma, chama atenção para o problema do excesso de confiança no judiciário em detrimento do legislativo.

Mas, há um grave problema em uma teoria que demonstra uma confiança excessiva em que o processo político, capitaneado pelos poderes representativos (executivo e legislativo), conduzirá a uma defesa razoável e efetiva dos direitos fundamentais. Na verdade, não é o que tem acontecido na prática de diversas democracias modernas.

Além disso, a teoria de Elynão é clara sobre quando e como o poder judiciário poderá agir. Assim, ele demonstra tão-somente uma desconfiança no "excesso" de intromissão do judiciáriona defesa dos direitos fundamentais, em detrimento do processo político. Mas, não deixa claro o papel que cabe aos juízes no seu modelo teórico.

8.4. Konrad HESSE e a concretização da constituição

Para HESSE (1991), o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar a vontade preexistente na constituição. É que não se pode presumir que a constituição ou o constituinte tenham tomado uma *decisão prévia para todas as questões controversas* que pudessem surgir no futuro. Dessa forma, onde não se definiu nada de modo inequívoco não é possível revelar uma *vontade autêntica*.Mas, pode-se supor ao menos que tenham se limitado a imaginar alguns "pontos de apoio" para a tomada futura dessas decisões.

Se a constituição não contém um sistema fechado e unitário e se a interpretação de suas normas não pode ser simples execução de algo preexistente, será necessário um procedimento de concretização ("Konkretisierung") que responda a essa situação: através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma deverá o intérprete demonstrar pontos de vista que sejam submetidos ao jogo das opiniões a favor e contra, bem como fundamentar a decisão da maneira mais clarificadora e convincente possível.

Sempre que esses pontos de vista contenham premissas objetivamente adequadas e fecundas conduzirão aconclusões que levam à solução do problema. Nesse sentido, não se inserem na descrição do intérprete os *topoi* que deva utilizar: de um lado, o intérprete apenas pode utilizar os *topoi* relacionados com o problema; de outro lado, será obrigatória a inclusão dos elementos de concretização que a própria norma constitucional lhe proporciona, assim como das *diretrizes* que a constituição contém.

No esquema proposto por HESSE (1991), são estes parâmetros a serem levados em conta no ato de interpretar a constituição:

a) programa normativo: está contido basicamente no texto da norma a aplicar e deverá ser apreendido mediante a utilização dos meios de interpretação tradicionais: literal, histórica, original e sistemática;

b) âmbito normativo: possui um caráter sistemático que vai além do ponto de vista correspondente à interpretação do texto da norma, se bem que em estreita relação com o mesmo.

c) princípios de interpretação constitucional:

> c.1. unidade da constituição: todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que sejam evitadas contradições com outras normas constitucionais;
>
> c.2. princípio da concordância prática: os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que todos eles conservem sua identidade, ou seja, um não se deve realizar à custa de outro, devendo-se buscar a limitação *proporcional* de ambos de modo a obter uma efetividade ótima;
>
> c.3. critério da correção funcional: inviabilidade de se restringir ou ampliar funções estatais;
>
> c.4. critério de eficácia integradora: a constituição deve se constituir em um todo orgânico, um sistema normativo e não um conjunto de normas;
>
> c.5. força normativa da constituição: máxima eficácia aos dispositivos da constituição.

Um dos princípios citados por HESSE (2009, p. 136) como fundamentais à preservação da força normativa da constituição é o princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirlichung der Norm*). Assim, a "interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação". Dessa forma, a constituição pode se converter em "força ativa que influi e determina a realidade política e social" (HESSE, 2009, p. 137).

A tese de HESSE tem o grande mérito de racionalizar a interpretação da constituição e de entender que o texto constitucional não oferece todos os elementos necessários para ser interpretado. Portanto, a interpretação dependerá também da concretização, processo em que se dá a passagem do "programa normativo" ao "âmbito normativo", ou seja, do texto constitucional à efetiva solução da questão jurídica concreta. Essa passagem, inevitavelmente, para HESSE, dependerá de um ato humano e depende necessariamente de um certo grau de subje-

tividade do intérprete. No entanto, disso não decorre, segundo HESSE, que o juiz poderá decidir como lhe aprouver; ao contrário, deverá concretizar a constituição de forma excelente, considerando as condições reais dominantes.

A teoria proposta por HESSE é bem construída e tem o grande mérito de fornecer importantes coordenadas para o hermeneuta constitucional. De um lado, ela valoriza o papel do intérprete, mas, de outro, considera o problema que decorreria de sua discricionariedade. Daí a preocupação com o balizamento do processo de concretização, de sorte a reduzir a discricionariedade hermenêutica.

Um outro ponto interessante a ser destacado no modelo proposto por HESSE é que, diferentemente de algumas das teorias demonstradas acima (notadamente a do Constitucionalismo Vivo e o Originalismo), o modelo de HESSE não se propõe a fazer recomendações interpretativas materiais, de conteúdo (p. ex., considerar a vontade dos constituintes, no caso do Originalismo, ou ter em conta os valores sociais no momento da interpretação, no caso do Constitucionalismo Vivo). Diferentemente, a proposta de HESSE considera regras isentas de conteúdo, como é o caso dos princípios da concordância prática e da força normativa da constituição, por exemplo. Esse aspecto é um grande mérito do modelo proposto por Konrad HESSE.

8.5. A interpretação na teoria de Peter HÄBERLE (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição)

Na busca pelo tão sonhado e buscado método de interpretação da constituição, HÄBERLE (2002, p. 13) constroi uma teoria de feição marcadamente democrática e pluralística, defendendo que deve ser um método que contemple intérpretes não apenas ligados aos órgãos estatais encarregados de aplicar a constituição oficialmente, mas, também, a sociedade.

HÄBERLE argumenta que não se pode fixar uma lista de órgãos legitimados a interpretar a constituição. Na verdade, para ele, interpretar a constituição é uma tarefa que deve ser mais ampla, envolvendo todos os poderes públicos, os cidadãos e os grupos.

Na sociedade aberta de que ele trata, estão em ação as forças produtivas de interpretação ("*interpretatorische Produktivkräfte*"), que envolvem os agentes que realizam interpretação espontânea e os agentes que realizam interpretação programada e deliberada.

Desenvolve sua tese dizendo que quem vive a realidade da norma necessariamente a interpreta ou a co-interpreta – "*Wer die Norm 'lebt', interpretiert sie auch (mit)*". Assim, há uma interpretação anterior à interpretação judicial, realizada por diversos atores sociais (*"Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*").

Evidentemente, nesse sentido, HÄBERLE explica que não é possível se falar em um método interpretativo, uma vez que se trata de uma interpretação espontânea, não programada. O método só seria possível quando se tratar de uma interpretação intencional, consciente e deliberada. Assim, o método de HÄBERLE consiste exatamente, e por paradoxal que possa parecer, em defender que não há um método para interpretar a constituição.

A interpretação da socieade aberta impacta inevitavelmente no poder judiciário de forma indireta, difusa, ou de forma direta, como fica evidente na possibilidade de audiências públicas realizadas pelo poder judiciário e a aceitação de *amici curiae*. Esses são instrumentos que vao ao encontro da tese de HÄBERLE no sentido de que diversos atores sociais participam da interpretação da constituição. Assim também uma mídia livre e séria, que realiza as suas interpretações. Ou mesmo a doutrina constitucional, os cidadãos e grupos organizados.

A tese de HÄBERLE, com a ampliação do rol de atores no processo de interpretação, contraria a ideologia da subsunção e serve a que a realidade seja trazida para o bojo do processo hermenêutico (2002, p. 30).

Para HÄBERLE (2002, p. 37), o conceito "povo" não é apenas uma designação de um número de pessoas que comparece às urnas para conferir legitimidade democrática aos poderes eleitos. Na sua concepção, povo representa muito mais do que isso, é um elemento a legitimar a constituição de forma participativa, como partido político, opinião científica, grupo de interesse ou cidadão.

Importante ressaltar que a tese de HÄBERLE leva a repercussões no âmbito da interpretação material da constituição. Isso porque o Direito Constitucional material – "vivido" – decorre de diversas funções "corretamente" executadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, pelo governo, pela oposição *etc* (2002, p. 52).

Em uma perspectiva funcional-processual, a adoção de um procedimento "correto" pelos diversos atores pode levar a decisões diversas. Então, a interpretação "correta" decorrerá

de “cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações” (2002, p. 52).

O modelo teórico proposto por HÄBERLE goza de muito respeito em razão de todos os seus méritos de democratização da interpretação constitucional, o que, de certa forma, revê a ideia do monopólio interpretativo pelo poder judiciário. Além disso, ao integrar diversos atores ao processo de interpretação constitucional, traz a realidade para dentro da interpretação jurídica e valoriza o Princípio Democrático enquanto participação efetiva dos diversos atores na interpretação das normas jurídicas, notadamente das normas constitucionais.

Em relação à limitação da discricionariedade judicial, a teoria também fornece importante aporte, pois uma vez que se valorizam os entendimentos dos diversos atores, inclusive não estatais, essas linhas interpretativas servirão de norte e, em certo grau, de constrangimento sobre a interpretação judicial.

8.6. O PragmatismoJurídico e a interpretação da constituição

O Pragmatismo Jurídico de Oliver Wendell HOLMES e Benjamin Nathan CARDOZO deve ser analisado no contexto dos métodos e teorias de interpretação da constituição. Essa corrente de pensamento, contrapondo-se ao Positivismo Jurídico, defende que a experiência suplanta os padrões positivistas de interpretação jurídica.

Antes de adentrarmos na análise do pensamento de HOLMES e CARDOZO, cabem algumas palavras para situar o que aqui se entenderá por Pragmatismo Jurídico. Como explica George Browne RÊGO (2009, p. 58), ao comentar os antagonismos entre o Pragmatismo e Positivismo Clássico, dois aspectos são importantes: a) a ruptura epistemológica entre teoria e prática, que o Positivismo defende e o Pragmatismo não aceita; b) a pretensãoda neutralidade moral, que permeia o Positivismo e é rejeitada pelo Pragmatismo.

Com efeito, o Positivismo Lógico (RÊGO, 2009, p. 60) entendia que a filosofia deveria se restringir à análise da proposições científicas sob dois aspectos: o semântico, que se ocupa das relações entre a linguagem e a realidade; e o sintático, que diz respeito aos próprios sinais que compõem a linguagem. Assim, competiria à filosofia tentar clarificar o discurso científico (no nosso caso, o discurso jurídico).

Já a filosofia pragmática adota outras premissas, sendo a premissa fundamental que toda e qualquer forma de dualismo é rejeitada. Assim, assume-se o “pressuposto de que o

conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, e, portanto, seu desenvolvimento processa-se dentro e numa perspectiva contextual e funcionalizada"(RÊGO, 2002, p. 67). Por conseguinte, os fenômenos devem ser analisados em seu contexto específico, considerando-se os indivíduos e o meio ambiente em que se processam.

Nessa linha, HOLMES, em uma das passagens mais célebres da literatura jurídica estadunidense, destaca que (2014, Palestra I, p. 2) "a vida do direito, acima de lógica, tem sido experiência" e que, assim, as regras de experiência – aí englobadas as necessidades do momento, as teorias políticas e morais, as políticas públicas, os preconceitos dos juízes e diversos outros fatores da vida "real" – têm muito mais importância na conformação do direito do que a operação silogística.

Benjamin Nathan CARDOZO (2014), um notável seguidor de HOLMES, na mesma trilha, eleva a experiência à condição de pedra de toque da interpretação e da construção do Direito. A experiência engloba vários fatores, como filosóficos, sociológicos e históricos.

Em relação aos fatores filosóficos, CARDOZO (2014, *Lecture* I) nos recorda, citando William JAMES, que cada ser humano tem uma filosofia de vida subjacente, mesmo aqueles de nós que não têm qualquer leitura de filosofia. O que importa é que sobre cada ser humano incide uma força que lhe dá coerência e direção de pensamento e ação. Os juízes são igualmente sujeitos a ela. Essa força deriva de instintos inatos, crenças tradicionais, convicções adquiridas, da qual resulta uma perspectiva da vida que influencia de forma decisiva nosso pensamento e, por conseguinte, a nossa interpretação.

Dessa forma, CARDOZO tenta analisar e racionalizar esse processo de decisão, apesar de ter poucas esperanças de o conseguir, como deixa claro na p. 2 da Palestra I (*Lecture* I): "Eu tenho poucas esperanças de conseguir estabelecer uma forma que racionalizará esse processo para mim mesmo, muito menos para os outros".

Como ressalta George Browne RÊGO (2009, p. 55), ao analisar a obra de CARDOZO, o texto jurídico, embora pareça absolutamente claro, sempre suscitará um potencial interpretativo muito amplo quando de sua aplicação a uma situação da vida. Por isso é que o texto de CARDOZO leva a que se busquem as "implicações de natureza jurídico-pragmática que se abrigam na intimidade da morada do Direito".

De qualquer forma, CARDOZO chama atenção para o fato de que a tentativa de racionalização da decisão no processo judicial (Palestra I, p. 2) deve partir do conhecimento dos "ingredientes a serem nela misturados", pondo-se a seguinte questão: onde o juiz encontra a norma que será incorporada ao seu julgamento? Em alguns casos, o juiz faz, realmente, uma mera operação silogística, ajustando o caso concreto à norma legal ou constitucional. Aí está encerrado o seu ofício.

Nesse sentido, o direito feito pelos juízes é secundário e subordinado ao direito feito pelos legisladores. Mas, daí não decorre que os códigos e as leis (bem assim a constituição) tornam o trabalho do juiz mecânico ou supérfluo, uma vez que há lacunas a serem colmatadas, dúvidas e ambiguidades a serem clarificadas, dificuldades e erros a serem mitigados ou evitados. Aí é que a tarefa do intérprete ganha maior importância.

Assim, CARDOZO (Palestra I, p. 2) procura relativizar a afirmação corrente de que a interpretação não seria nada além da procura e descoberta de um significado que, apesar de obscuro e latente, tivesse, no entanto, uma preexistência real e determinável na cabeça do legislador.

E quando a legislação não tem um significado identificável, quando o caso a ser decidido com base em uma lei nunca foi imaginada pelo legislador, quando os juízes têm que supor o que o legislador (e o constituinte) teria desejado sobre um ponto que não foi trazido nos debates parlamentares?Sendo esse o caso, CARDOZO salienta que os códigos e leis ameaçam a função jurisdicional com repressão, desuso e atrofia e ressalta o absurdo que seria hoje a proibição de Justiniano de qualquer comentário sobre o produto do trabalho de seus codificadores.

O Pragmatismo Jurídico de HOLMES e de CARDOZO põe uma ênfase pronunciada no papel do juiz como criador do Direito; ou seja, os juízes, a partir da experiência (a sua própria e as experiências alheias, os "dados do mundo") constroem o significado do Direito.

Um outro pragmatista importante cujas ideias centrais sobre a interpretação jurídica merecem menção destacada é Richard POSNER. Já no prefácio de seu livro *The Problems of Jurisprudence*, POSNER (1993, p. *xi*) deixa claro que os problemas relacionados à jurisprudência dizem respeito a saber se e em que sentido o direito é objetivo (impessoal) e autônomo, e se e em que medida é político e pessoal; o verdadeiro papel do juiz e a discricionariedade nos julgamentos, entre outras questões importantes.

POSNER critica a argumentação dworkiniana de que há respostas corretas mesmo para as questões jurídicas mais difíceis e controvertidas (1993, p. 197). Ele chama a essas pessoas – entre as quais ele insere DWORKIN – que acreditam que há respostas corretas para todas ou quase todas as questões morais de realistas jurídicos (*"legal realists*").

POSNER lança, assim, três argumentos contra a "teoria da resposta correta".

O primeiro é que (1993, p. 201) os autores de um documento jurídico não fornecem elementos suficientes para a sua interpretação, por um lado, e, por outro, nem por isso o juiz pode deixar de decidir, alegando falta de elementos interpretativos. Assim, para preencher esse vácuo, o juiz terá que construir alguma forma de argumentação que conduza à interpretação do texto.

Segundo, pessoas com formações educacionais similares, mesmas crenças políticas e religiosas, entre outras compatibilidades, tenderão a interpretar um texto jurídico de forma semelhante. No entanto, as pessoas que tenham formações e crenças diferentes provavelmente interpretarão o texto legal de forma diferente. Quanto mais acordo houver sobre essas premissas legais, maior possibilidade existirá de uma argumentação de base silogística. Nesse caso, o direito tenderá a ser mais objetivo, impessoal. Mas, a objetividade dependerá de uma comunidade mais ou menos homogênea, o que não é o caso, evidentemente, de nossas sociedades contemporâneas, marcadas pela hipercomplexidade. Nessas sociedades, como ressalta POSNER, a homogeneidade é *inatingível*.

Terceiro, não é possível supor de maneira segura como o autor de um texto jurídico decidiria uma questão que surgiu após a edição do texto, muitas vezes até mesmo após a morte do próprio autor.

POSNER (1993, p. 240) argumenta, apoiado em Oliver Wendell HOLMES Jr., que as doutrinas jurídicas não são conceitos formais imutáveis, como o Teorema de Pitágoras. Não são verdades absolutas que conduzirão ao ápice do saber jurídico. Ao contrário, a constituição é cheia de contradições e ambiguidades e essas geram muitas controvérsias, cujas soluções serão moldadas por necessidades e interesses sociais.

A ambiguidade do texto, a contradição nos precedentes, os interesses importantes normalmente envolvidos, o forte aspecto emocional em jogo, entre outros fatores metalinguís-

ticos, fazem da jurisdição constitucional uma área que abre um largo espaço para a discricionariedade judicial.

Dessa forma, mesmo que superássemos esses obstáculos e criássemos uma teoria da única solução correta, permaneceríamos sem solução, pois não há princípios mutuamente aceitáveis para que se escolha uma entre as diversas teorias, o que nos deixaria da mesma forma incapazes de chegar à verdade. Portanto, estamos condenados a um interminável e irreconciliável debate constitucional.

POSNER (1993, p. 247), fiel às ideias pragmatistas, explica que se de um lado alguns autores, entre os quais ele cita DWORKIN, acreditam que a interpretação é o caminho que conduz à objetividade no Direito, outros acreditam que esse caminho não leva a lugar algum, uma vez que a interpretação é algo indeterminado.

Ele se diz uma pessoa (POSNER, 1993, p. 261) que acredita que a interpretação não depende de um método para se chegar à certeza na decisão de casos difíceis. E argumenta que os que acreditam nas teorias de interpretação pensam falsamente que elas levarão a uma menor discricionariedade judicial (1993, p. 271). Mas, segundo afirma, as fronteiras da interpretação são demasiado elásticas.

Um grave problema da interpretação, segundo POSNER, é que ela terá que prestigiar uma finalidade, seja a fidelidade à intenção original do legislador ou constituinte, seja a coerência, entre outros fins (1993, p. 299). Mas, o peso que cada intérprete der a cada um desses fatores poderá mudar dramaticamente a solução.

Assim, constata-se que a visão de POSNER sobre as teorias de interpretação é que elas são apenas racionalizações das ideologias de seus defensores. Dessa forma, essas teorias não apenas falham, mas causam um grande mal, pois acabam se convertendo em maquiagens para julgamentos ideológicos, ao invés de julgamentos verdadeiramente jurídicos.

Em face disso, argumenta POSNER, o que os juízes fazem, na realidade, é decidir pragmaticamente, sem, na verdade, estar adstritos a uma metodologia específica de interpretação e de julgamento. Na verdade, eles estão enfocando o futuro, baseando a sua decisão na solução do problema, ou seja, nos efeitos que a decisão produzirá, mais do que se preocupando com a letra da constituição ou com uma outra regra qualquer.

O Pragmatismo em si não tenta dizer qual solução seria a mais correta para o caso específico, mas POSNER se diz confiante de que há um certo consenso entre os juízes que permita que se chegue a resultados aceitáveis. O juiz pragmatista, segundo ele, deverá considerar as consequências gerais de sua decisão, não apenas aquelas que afetem diretamente as partes litigantes.

Mas, o juiz decidirá, então, da forma que quiser? Na verdade, não tanto assim, pois o texto constitucional e os precedentes funcionarão como um guia. Todavia, certamente não vincularão a decisão judicial, assim como tampouco a tradição. Ademais, há também as consequências sistêmicas da decisão, que funcionam como limites à discricionariedade judicial.

Na opinião de POSNER, decisões que estão dentro de uma certa zona de razoabilidade não podem ser ditas certas ou erradas. O Pragmatismo não procura eliminar o elemento subjetivo das decisões. Considera que os juízes têm emoções, intuições, falhas cognitiva, substrato ideológico etc.

O Pragmatismo tem, segundo a nossa visão, a grande vantagem de não tentar criar artificialmente uma forma de interpretar a constituição. Portanto, proporciona uma maior plasticidade e adaptabilidade da constituição às circunstâncias práticas. Além disso, vê o juiz como um ser humano como qualquer outro e não como um ser ideal, sem emoções, sentimentos, fraquezas, ideologia, que julga o caso de forma absolutamente objetiva.

Por outro lado, o Pragmatismo não resolve o problema da discricionariedade judicial. Ao contrário, POSNER propugna que quando o material jurídico não ajudar o juiz a resolver a questão, ele criará a solução. Mas, aí há um grave problema: quem dirá se o material jurídico resolve ou não a questão e, além disso, qual será a solução criada?

Nós não vemos o Tribunal como o guardião do saber histórico (como parecem fazer alguns originalistas) nem como um cruzado pela reforma social (como alguns progressivistas gostariam). Tampouco, como já ficou claro, entendemos que os métodos de interpretação e de distinção expostos acima são capazes de conferir maior objetividade e, assim, maior legitimidade às decisões judiciais.

Preferivelmente, nós vemos o papel da jurisdição constitucional como evolutivo, alimentando a mudança, mas também mantendo a estabilidade (Teoria do Incrementalismo, a ser exposta no Capítulo 10).

8.7. A retórica e a fraqueza do textos normativos como constrangimentos à interpretação

Neste tópico, será abordada uma corrente construída por retóricos que põe abaixo toda e qualquer teoria interpretativa. Na verdade, essa corrente vai além e desconstrói o "mito" de que normas jurídicas podem exercer qualquer tipo de condicionamento ao hermeneuta. Para essa Escola, o intérprete em geral – e o juiz em particular – toma a sua decisão muito mais com base nas suas experiências pessoais, sua vida, sua história, suas emoções e seus interesses do que em textos e normas jurídicas.

Antes de entrar no mérito da discussão dessa corrente retórica, é importante explicar o que se entende por retórica. Segundo destaca UEDING (2001, p. 80), ao contrário do que pensa o senso comum, a argumentação retórica não procura apenas o convencimento ou a correção do argumento, mas também a verdade e a probabilidade, suas hipóteses e condições, bem como os motivos.

Essa afirmação parece contrariar BALLWEG (1990), quando afirma que a linguagem é retórica por traduzir uma *dóxa* (opinião) e não uma *episteme*(conhecimento), ou ARISTÓTELES (2010, p. 5), ao sustentar que o estudo da retórica, em sentido estrito, concerne aos modos de persuasão.

No sentido que será aqui abordado, a retórica está na relação entre língua e verdade. Essa relação, que evidentemente pode ser interpretada em diferentes graus, pode-se dizer que encontra dois extremos (GUERRERO, 2009, p. 43): a) um extremo seria a concepção que propõe um realinhamento do discurso retórico para aproximá-lo da verdade, mas desconsiderando o grave problema que traria essa reconstrução artificial; b) no outro extremo estão o sofismo e o desconstrutivismo, partindo da concepção de que a relação entre língua e verdade é arbitrária, tendo a retórica licença para construir as suas verdades.

Entre essas corrente teóricas, (b) é a concepção que se analisará neste tópico. Para essa corrente, aplicada ao mundo do Direito, as decisões judiciais não seguem um método claro, mas, de modo contrário, a forma de interpretar varia segundo a vontade (vontade, aqui, sintetizando os vários fatores não identificados de construção da argumentação jurídica, como a história de vida do intérprete, seus interesses, suas emoções). O texto seria apenas um texto, o qual pode ser manipulado com grande liberdade pelo intérprete e pelo aplicador do Direito.

Os sofistas cultivaram uma filosofia destinada a formar cidadãos aptos aos debates nas assembleias. Segundo o entendimento dessa Escola, a argumentação e a persuasão eram mais importantes do que a busca da verdade. Para ela, o justo e o injusto não se fundamentam na natureza das coisas, mas nas opiniões e convenções humanas. A lei, *nomos*, é resultado da *doxa* (opinião), o acordo contingente dos homens (LEITE, 2011, p. 21).

Se, de um lado, a lei escrita trouxe a sensação de segurança jurídica, por outro, gerou a demanda pela sua interpretação e concretização. Dessa forma, a passagem entrea norma abstrata e a sua aplicação ao caso concreto envolve limites semânticos mais ou menos elásticos, sem contrariedade explícita ao texto. Esse entendimento contradiz um outro, segundo o qual existe um sentido que já está no texto normativo e que é unívoco (CASTRO JR., 2009, p. 149; ADEODATO, 2011, p. 32).[23]

As atribuições universais e as regras instrumentais, cujo culto decorre do Iluminismo e do Positivismo, vistas como principal estrutura do discurso jurídico do Direito moderno, são rejeitadas pelos retóricos (SOBOTA, 1998). Esses trazem para o núcleo da análise o conceito de regularidades, que são padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Essas regularidades são estruturas flexíveis que não dirigem a conduta humana, mas, sim, organizam essas condutas e são por elas produzidas.

Para ilustrar essa tese, SCHLIEFFEN (2011) demonstra como os conceitos e normas jurídicas são manipuláveis pelo intérprete, no caso, o poder judiciário, a partir da análise do seguinte exemplo:

> No caso do "estudante de medicina extemporâneo", decidiu um Tribunal Administrativo contra um autor que, após longa atuação no ramo de táxi, conseguiu se preparar em um curso noturno e, aos 59 anos de idade, se candidatou a uma vaga na Faculdade de Medicina com fundamento na Lei Federal de Assistência à Educação (BAfög). O tribunal fundamentou a sua rejeição no § 10 *Abs*. 3 *Satz* 1 da lei. Segundo essa disposição, atinge-se a idade limite para financiamento ao se completarem os trinta anos de idade. Todavia, a *Satz* 2 isenta os estudantes de escolas secundárias noturnas desse limite de idade; assim, o texto legal em si confere direito ao postulante. O tribunal decidiu, no entanto, em razão do "significado e propósito" da norma, em sentido contrário à pretensão, valendo-sede uma redução teleológica, nos seguintes termos:
>
> "Em consideração ao objetivo da lei, de incentivar os mais jovens, e à expectativa do legislador, de que a pessoa tenha tempo para exercer a profissão, a câmara faz, a partir das disposições do § 10 Abs 3 BAfög, uma redução teleológica. Dessa forma,

[23]A característica dos racionalismos é que o conhecimento é imanente, está na própria natureza racional humana. Na Filosofia do Direito, tal tendência desemboca no pensamento de autores que acreditam que há critérios corretos (justos) por si mesmos e que conduzem a decisões corretas nos casos concretos, o que contraria a concepção retórica aqui analisada.

> a assistência será recusada em qualquer caso, se o aluno, ao terminar os estudos, estiver com mais de 65 anos e, assim, tiver atingido o limite de idade geral para a aposentadoria."

Essa argumentação do Tribunal Administrativo fundamenta a decisão "o autor não tem direito ao subsídio para a educação" e "o pedido deve ser indeferido". No entanto, não é isso o que a Lei Geral da Educação alemã dispõe, mas exatamente o contrário: que os alunos de escolas secundárias noturnas podem receber o subsídio independentemente da idade. Assim, o Tribunal Administrativo "construiu" uma argumentação para chegar a conclusão oposta ao que dispõe a lei.

A partir do exemplo, SCHLIEFFEN tenta demonstrar como o texto pode ser adaptado a diferentes intenções, o que pode levar a alterações substanciais de significados. Dessa forma, ela reforça a teoria de que o texto é um referencial bastante frágil e limitado e que, a partir de sua manipulação e sem invalidá-lo, o intérprete pode chegar a resultados e soluções completamente diferentes.

Essa teoria tem o mérito de demonstrar que conceber a interpretação jurídica como uma mera interpretação de texto é empobrecê-la, uma vez que o texto é manipulável pelo intérprete. Por outro lado, elanão oferece critérios seguros para que se chegue ao que seria uma interpretação correta. Ao contrário, se a relação entre texto e verdade é meramente arbitrária, qualquer interpretação de um texto jurídico é válida e juridicamente possível.

CAPÍTULO 9. AS TEORIAS DOS PRINCÍPIOS COMO TENTATIVAS DE CONFERIR OBJETIVIDADE À INTERPRETAÇÃO

O fato de as constituições normalmente serem permeadas de princípios (e de regras abertas) facilita a ampliação do poder interpretativo dos juízes. No entender do Prof. ROMBOLI, a verdadeira "revolução" ocasionada pelas constituições europeias do pós-II Guerra não foi exatamente a introdução de uma nova fonte do Direito ser introduzida em um ordenamento já vigente, mas, sim, o fato de a constituição ser uma fonte suprema no ordenamento e composta mais por princípios do que por regras (ROMBOLI, 2015, p. 43).

Como já demonstrado na Parte I desta tese, essa fase constitucional difere substancialmente do período "pré-constitucional" na Europa continental, o qual havia sido marcado pelo aspecto político na formação do Direito. A constituição era tão-somente um documento enunciador de princípios e regras políticas, sem o caráter normativo que marca o momento posterior à virada. Agora, a constituição é norma suprema a ser resguardada pelo juiz constitucional, que deve velar pela sua efetividade. Para tanto, deverá interpretar os seus princípios e regras.

As regras e, especialmente, os princípios constitucionais, não raro admitem um amplo espectro interpretativo. Os termos da constituição, os precedentes, ou outras fontes de orientação à prolatação de decisões judiciais podem orientar que uma solução particular seja conferida a um caso particular.Uma determinada forma de pensar diria que é apenas quando esses constrangimentos se esgotam que o juiz ingressa na área da discricionariedade judicial legítima. Assim, o campo aberto às decisões judiciais seria a área mais estreita na qual o juiz, à falta de uma orientação normativa, tem que trazer suas próprias preferências políticas para decidir o caso que tem nas mãos (POSNER, 1983).

Como já deve ter ficado claro ao longo deste trabalho, a concepção que aqui se adota, afinada com o Neoconstitucionalismo e o Pós-Positivismo, é de que sempre haverá uma solução no Direito para um caso a ser julgado. A discricionariedade judicial não estaria, segundo a nossa visão, na possibilidade de escolhas políticas por parte do juiz quando não houver previsão para uma determinada situação.

A discricionariedade que entendemos existir é de outra feição. Entendemos que o aplicaddor sempre terá que chegar a soluções com fundamento nas previsões jurídicas. Isso não significa um retorno ao Positivismo Jurídico, muito ao contrário. Na nossa concepção, a aplicação do direito é um processo complexo, em que o juiz aplica leis, precedentes e outras referências normativas, tudo isso evidentemente permeado pela sua subjetividade de intérprete.

A pedra de toque de todo esse sistema é dada pelos princípios, que fornecerão nortes para o intérprete, de sorte a não deixar margem a sua discricionariedade, ao menos no sentido que rejeitamos acima. Dessa forma, o que nós entendemos por discricionariedade é, na verda-

de, apenas a possibilidade de escolha do intérprete por uma entre as várias soluções juridicamente possíveis, sendo esse o caso. Não a possibilidade de julgar segundo os seus próprios critérios subjetivos, embora esses necessariamente façam parte da interpretação.

Dessa forma, a aplicação de princípios deveria funcionar como uma forma de reduzir a discricionariedade, bem como de, outrossim, regular os arroubos ativistas. No entanto, a aplicação dos princípios tem se mostrado bastante problemática, uma vez que sequer há consenso quanto ao seu conceito. Além disso, na nossa prática judiciária, os princípios têm sido usados não para restringir a discricionariedade, mas, muitas vezes, para ampliá-la. Veja-se, apenas para citar um entre inúmeros exemplos, a aplicação que tem sido dada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Serve como fundamento de diversas decisões judiciais sem que se saiba exatamente o que quer dizer.Assim, o princípio corre o risco de não ter uma carga normativa mínima.

Neste capítulo, e com a finalidade de entender como os princípios podem cumprir seu papel de funcionar como válvulas de descompressão do sistema, mas sem levar a um decisionismo, analisaremos os pensamentos de cinco autores importantes que escreveram sobre o tema: Robert ALEXY, Ronald DWORKIN, Marcelo NEVES, Humberto ÁVILA e Gustavo ZAGREBELSKY.

É o que será estudadoneste capítulo.

9.1. A proposta de Robert ALEXY (1994)

ALEXY afirma que a distinção entre regras e princípios é de fundamental importância para a Teoria dos Direitos Fundamentais (1994, p. 71), uma das "pedras angulares do edifício da Teoria dos Direitos Fundamentais" ("*einer der Grundpfeiler des Gebäudes der Grundrechtstheorie*").

Explica que não é nova a distinção entre regras e princípios, mas que os critérios até então utilizados não são esclarecedores, ao contrário, conduzem a confusões (1994, p. 72). Entre esses critérios, o que diz que princípios são normas mais gerais do que as regras.

ALEXY concebe regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica. Assim, a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies de normas jurídicas. Dessa forma, a distinção entre essas duas espécies de normas é qualitativa e não de grau (1994, pp. 76/7).

Para ALEXY,as regras (ALEXY, 2008, pp. 131/2) são normas que albergam mandados definitivos, ou seja, ordenam algo definitivamente. Dessa forma, se uma regra é aplicável, deve-se fazer (mandado definitivo) o que ela ordena. Caso se faça o que ela determina, a regra está cumprida; caso contrário, ela não está cumprida. Assim, as regras são normas que tão-somente podem ou não ser cumpridas.

Já os princípios jurídicos são mandados de otimização("*Optimierungsgebote*") (1994, pp. 75/6), ou seja, normas jurídicas otimizadoras aplicáveis de acordo com possibilidades fático-jurídicas e em graus diversos e não mandados definitivos, como é o caso das regras. Isso quer dizer que eles determinam a realização de algo na medida das possibilidades fáticas e jurídicas (*rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten*). Assim, os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus. Ao fim e ao cabo, as possibilidades jurídicas são constituídas pelas regras e pelos princípios conflitantes.

O conflito entre princípios é resolvido como consequência de uma ponderação entre os princípios colidentes. Prevalecerá o que, em face de circunstâncias concretas, será recomendado pela ponderação. Quando dois princípios colidirem, um dos princípios deve ceder ("*zurücktreten*") (1994, pp. 78/9). Assim, a dimensão do princípio não é, como no caso do conflito de regras, a dimensão da aplicabilidade, mas, sim, a dimensão do peso ("*Dimension des Gewichts*").

Já o conflito de regrasdeverá ser resolvido a partir da verificação se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica.Os princípios colidem ("*Prinzipienkollisionen"*) e as regras conflitam ("*Regelnkonflikt"*).

O conflito de regras, por sua vez, é resolvido por uma regra de exceção que elimine o conflito ou pela declaração de invalidade de uma delas. ALEXY exemplifica, de um lado, com a proibição de deixar o recinto antes do badalar do sino e a permissão de deixá-lo mediante o alarme de incêndio. O conflito será resolvido a partir da compreensão de que a segunda regra (permissão para sair dada pelo alarme de incêndio) funcionará como uma exceção à primeira (1994, p. 77). Caso não seja possível uma tal regra de exceção, ao menos uma das regras terá que ser invalidada e retirada do ordenamento jurídico. Não há, em caso de conflito de regras, a possibilidade de ponderação, como ocorre no caso de colisão de princípios.

O modelo proposto por ALEXY tem o grande mérito de trazer a ideia de que princípios colidem e regras conflitam. A partir dessas ideias é que ALEXY constroi o conceito de ponderação entre princípios, técnica segundo a qual os conflitos entre essas normas se resolveriam sem a necessidade de invalidação ou de aplicação de uma norma de exceção. Dessa forma, em caso de colisão, um dos princípios tem que ceder ante o que se afigure mais adequado à situação em análise.

Entretanto, embora tenha construído uma teoria engenhosa e interessante, o modelo proposto porALEXY não logra reduzir a panaceia em que se transformou a aplicação de princípios jurídicos.

9.2. A proposta de Ronald DWORKIN (1978)

DWORKIN faz uma constatação de que os juízes têm diferentes entendimentos jurídicos, mas, para ele, o que é realmente intrigante é se esses entendimentos decorrem de diferentes interpretações dos princípios jurídicos ou se decorrem de, na verdade, inexistirem tais princípios (1978, p. 6).

É importante, de logo, esclarecer o que DWORKIN entende por regras, princípios e políticas (*rules, principies, policies*) (1978, p. 22). Ele esclarece que princípios, em sentido lato, são normas que não são regras; em um sentido mais preciso, princípios são utilizados em contraposição a políticas.

Para DWORKIN, política é uma norma que visa a um fim, normalmente um aperfeiçoamento sob o aspecto econômico, político ou social. Em contraposição a essa concepção, princípio é a norma que deve ser observada não porque trará um avanço econômico, social ou político, mas porque decorre de um reclamo de justiça ou alguma outra dimensão moral. Assim, a norma que determina que os acidentes automobilísticos devem diminuir é uma política, e a norma de que nenhum homem pode se beneficiar de sua própria torpeza é um princípio.

Ele diz que as regras são aplicáveis sob a forma do tudo ou nada (1978, p. 24). Já os princípios têm a dimensão do peso de importância. Assim, quando eles colidem, devem ser ponderados, de forma a que se chegue à conclusão de qual princípio deverá prevalecer na solução do caso (p. 26). Já as regras não têm essa dimensão de peso. Elas apenas são aplicáveis ou não aplicáveis ao caso concreto (p. 27).

DWORKIN construiu sua teoria em oposição a ideias positivistas. Sua grande preocupação é a concepção positivista de que quando o caso concreto não puder ser subsumido em uma regra jurídica clara, então o juiz terá "discricionariedade" para decidir como lhe aprouver (1978, p. 81).

Essa concepção, afirma DWORKIN, é expressa de uma forma que pressupõe que uma das partes em litígio tem um direito preexistente a ganhar a lide, masisso não passa de uma ficção (1978, p. 81). O que DWORKIN sustenta a respeitoé que mesmo quando nenhuma regra estabelecida dispõe sobre o caso, uma das partes terá direito de ganhar a causa. Assim, o dever do juiz, mesmo nos casos difíceis (aqueles em que não há uma regra clara para resolver o problema jurídico), é descobrir quais são os direitos das partes e não inventá-los retrospectivamente.

DWORKIN (1978, p. 81) defende, então, uma teoria para os casos difíceis (*hard cases*), dizendo que mesmo quando não há uma regra clara aplicável ao caso concreto, uma das partes terá direito a vencer a causa. Cabe, então, ao juiz, mesmo em tais *casos difíceis*, descobrir quais são os direitos das partes.

A teoria de DWORKIN não se propõe a criar diretrizes para que se encontre a *única solução possível para os casos difíceis*. Na verdade, a teoria supõe que advogados e juízes discordarão sobre os direitos e tenta demonstrar quais as perguntas a serem feitas, mas sem se comprometer com a hipótese de que todos encontrarão o mesmo resultado.

Embora trate assim a questão, sob a ótica de que é natural que os atores envolvidos na interpretação constitucional cheguem a conclusões diversas, até mesmo antagônicas, diante de um caso concreto, DWORKIN (1978, P. 279) defende que existe sempre uma única resposta correta para questões complexas envolvendo o Direito e a moralidade pública. Assim é porque o resultado não é uma escolha, mas uma decisão guiada pela razão.

A ideia dworkiniana de que os princípios, políticas e regras são espécies do gênero normas é certamente interessante, bem como de que os princípios não são aplicáveis na base do tudo ou nada, admitindo, portanto, a ponderação entre eles. Outrossim, a sua ideia de que uma única solução é foi inovadora e contribuiu de forma importante para a aplicação dos princípios aos casos concretos de sorte a reduzir a discricionariedade do intérprete.

9.3. A Proposta de Marcelo NEVES (2013)

Marcelo NEVES deixa claraa preocupação de que os princípios, no Brasil, estejam se tornando uma panaceia para, na verdade, maquiar decisões tomadas com base na vontade do intérprete, sem qualquer método. Nesse mesmo sentido, ROTHENBURG fala em "moda dos princípios" (2011, p. 321) que, na verdade, são princípios vazios de conteúdo e de normatividade.

Marcelo NEVES diferencia texto e norma, para defender que a mensagem do legislador ou do constituinte tem um conteúdo que precisa ser decodificado pelo juiz, pelo processo da concretização. Assim, o sentido do texto tem um caráter apenas *prima facie*, que passará a ser definitivo após o processo concretizador. No plano concretizador (ou da argumentação) é que surge a relevância da distinção entre princípios e regras.

A distinção entre regras e princípios, tanto no campo de sua pura aplicação burocrática, como no campo do uso de ofertas legais de regulação no exercício corriqueiro da autonomia privada não teria significado próprio. Seriam úteis apenas quando houver controvérsias sobre as normas aplicáveis aos casos.

Ele rejeita a diferenciação entre princípios e regras com base na vagueza dos enunciados. Ele diz que as regras também podem ser vagas (e não apenas os princípios), como é o caso da regra constitucional que prevê a perda do mandato do congressista cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar. O conceito de decoro parlamentar, abrangido por essa regra, é bastante vago.

NEVES aponta a possibilidade de previsão de fins em três níveis: a) programas finalísticos (incorporação das *policies* de Dworkin ao direito); b) primariamente finalísticos; e c) programas condicionais. Aponta que "regras referentes primariamente a fins *tendem* a ser exauríveis, ou seja, a ser concretizadas definitivamente com o alcance das respectivas metas, enquanto os princípios finalísticos *tendem* a ser inexauríveis, isto é, a não serem concretizados definitivamente por terem sido alcançados os fins.

Ressalta, ainda, que há princípios sem programas finalísticos (igualdade) e, por outro lado, regras finalísticas (regras de planejamento urbano, por exemplo). Em suma, defende que não seria sustentável essa distinção entre princípios e regras pelo critério de finalidade.

A divisão pela consagração de valores em uma ou outra espécie de normas também seria falha, segundo Marcelo NEVES, pois cita como exemplo o crime de manutenção de casa de prostituição, regra com forte carga valorativa.

Destaca, ainda, que um texto pode não conter nenhuma norma (vf. §2.º do art. 198 da Constituição de 1988 – § 2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:), como um mesmo texto pode dar ensejo a diversas normas (vf. art. 5º, *caput*, da Constituição – Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:).

Os princípios teriam por objetivo a permissão da flexibilização do direito, de modo a possibilitar uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade. Quanto às regras, nem sempre a colisão gerará a invalidação de uma delas, segundo ele. Pode acontecer de duas regras tomadas *prima facie* (antes do processo de concretização) colidirem quando da solução de um caso concreto, de sorte que a dimensão de peso pode ser importante para determinar a regra que prevalecerá, sem que daí decorra a invalidade de qualquer uma delas.

Marcelo NEVES rechaça a categoria de postulado como mais um tipo ideal de norma. Para ele, essas normas sobre normas seriam *regras* e não postulados, a exemplo das metarregras (ex: lei posterior revoga anterior), quando elas resolvem o conflito de normas (razões imediatas) e não, exatamente, o caso em si.

Para NEVES, "as regras condensam expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução de casos". Assim, a incidência de uma regra exclui a incidência de outras regras, o que permite a construção definitiva da norma de decisão do caso concreto.

Já os princípios podem ser expressos em enunciados que possuam um antecedente e um consequente, imprescindíveis à sua caracterização normativa. "Ocorre que a relação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) é flexivel, importando uma 'causalidade jurídica' incompleta".

As metarregras ou normas de segundo grau permitem a construção imediata de uma norma de decisão do caso. São, então, *regras*. Ex: *lex posterior derogat lei priori*.

Os princípios fortificam a capacidade de reprodução adequada do sistema jurídico, sendo utilizados principalmente em casos de alta complexidade. O bom funcionamento do sistema depende de uma implicação recíproca entre as duas espécies normativas no plano da estática jurídica. Assim como a economia não pode viver só de valores monetários, ela também não mais se sustentaria com o mero escambo.

Quando se invocam princípios, as regras tornam-se incompletas. Após a utilização de princípios, chega-se a uma nova regra, que será utilizada para a resolução efetiva do caso concreto e que deve ser capaz de reduzir o "valor surpresa" da decisão em futuros casos em que o suporte fático seja semelhante.

Marcelo NEVES discorda da busca de uma solução otimizante e "correta" por via de princípios, tendo em vista que as variáveis sociais e jurídicas são por demais diversas. Diz que "o recurso ao nível dos princípios não deve levar a ilusões, exigindo cuidado e contenção: os princípios são remédios que se apresentam como panaceia, mas o seu uso descomedido pode levar ao envenenamento" (pg. 151).

A tese de Marcelo NEVES tem, entre outros, o mérito de levar em consideração que os princípios estão se tornando normas vazias de conteúdo e com baixa normatividade. Na sua expressão, estão se tornando "panaceia". Essa realidade leva ao aumento da discricionariedade do intérprete e do aplicador, o que não é nada desejável.

9.4. A Proposta de Humberto ÁVILA (2013)

ÁVILA (2013) deixa claro de logo que, para ele, texto e norma são conceitos distintos. O dispositivo legal (texto) seria apenas o ponto de partida para a construção da norma. Assim, poderia haver texto sem norma ("proteção de Deus"), ou norma sem texto ("segurança jurídica"). De um mesmo texto seria possível, ainda, se extrair tanto uma regra, como um princípio, assim como de mais de um dispositivo se poderia construir uma única norma.

A atividade do intérprete não consistiria meramente em descrever o significado previamente existente dos dispositivos, mas, sim, em construir esses significados. Os sentidos são construídos pelo processo de interpretação, mas limitadamente aos traços de significado mínimo incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem ("ampla", "provisória",

"vida", "morte").

Os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional. A qualificação de determinadas normas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete.

A proposta de distinção entre regras e princípios desenvolvida por ÁVILA é fundada em uma dissociação heurística. Assim, considera-se que as normas e as conexões axiológicas das quais essas dependem são construídas pelo próprio intérprete. Dessa forma, ÁVILA afasta distinções baseadas em valores empíricos ou conclusivos, que permitam antecipar de forma completa a significação normativa e seu modo de obtenção. Propõe, assim, um modelo provisório, que considere o trabalho de construção e reconstrução de conteúdos normativos pelo intérprete.

ÁVILA também rechaça as distinções dualistas e exclusivistas entre regras e princípios, considerando que um mesmo dispositivo que sirva de ponto de partida para construções normativas pode gerar tanto uma regra, um princípio, ou um postulado, a depender do caráter privilegiado pelo aplicador (descritivo, comportamental, finalístico, metódico).

Nessa proposta de distinção, as regras são apontadas como normas imediatamente descritivas — estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada — e mediatamente finalísticas — estabelecem indiretamente fins. Os princípios, a seu turno, seriam imediatamente finalísticos — estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido — e mediatamente de conduta — comportamento necessário para se atingir o estado ideal de coisas.

Tanto regras como princípios fazem referência a fins e a condutas. As regras prevêem condutas que servem à realização dos fins devidos, enquanto os princípios prevêem fins cuja realização dependeria de condutas necessárias.

Um critério preliminar também utilizado pelo autor para distinguir regras e princípios é o do *modo de justificação*, referente à justificação necessária à aplicação das normas (não o seu modo final de aplicação, que só poderia ser confirmado no final).

Como as regras, em virtude de seu forte caráter descritivo, imprimem maior determinação ao comportamento prescrito, a argumentação utilizada para fundamentar sua aplicação deve ser uma correspondência da construção factual à descrição normativa e à

finalidade que lhe dá suporte. Sendo facilmente demonstrável essa correspondência, o ônus argumentativo é menor, pois a descrição normativa serviria, por si só, como justificação.Mas, se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões, o ônus argumentativo é maior.

No que tange aos princípios, como o caráter finalístico é que tem relevo, a argumentação deve ser voltada a demonstrar a correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido. Como não há nos princípios descrição do comportamento, a interpretação do conteúdo normativo dependeria do exame problemático, como feito na análise de casos paradigmáticos.

Eis, em síntese, a proposta de ÁVILA:

- Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

- Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

- Existe uma terceira categoria de normas, que ÁVILA denomina de postulados. Os postulados seriam “metanormas”, situados em nível distinto do das regras e dos princípios (metanível aplicativo). Seriam normas metódicas que instituiriam critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto de aplicação. Enquanto as regras e os princípios destinar-se-iam ao poder público e aos jurisdicionados, os postulados seriam frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito (ex: postulado da proporcionalidade).

9.5. A proposta de Gustavo ZAGREBELSKY

ZAGREBELSKY afirma que se o direito atual é composto de regras e de princípios, pode-se notar que as normas legislativas são prevalentemente regras, enquanto as normas constitucionais sobre direitos e sobre justiça são prevalentemente princípios. Distinguir os princípios das regras significa, por isso, em grandes linhas, distinguir a constituição das leis (1992, p. 148).

Se a lei diz que os trabalhadores que fazem greve devem garantir que algumas prestações nos serviços públicos essenciais tenham continuidade, isso há de ser feito por regras; mas, quando a constituição diz que a greve é um direito, isso é um princípio. As constituições, por sua vez, não contêm apenas princípios, mas, também, regras. Quando se diz que o arresto deve ser convalidado pelo juiz dentro de quarenta e oito horas, isso se faz por uma regra; mas, quando se diz que a liberdade pessoal é inviolável, isso é um princípio (ZAGREBELSKY, 1992, p. 148).

Quais são as diferenças entre regras e princípios, segundo ZAGREBELSKY? Somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, isto é, constitutivo da ordem jurídica. As regras, ainda que escritas na constituição, não são outra coisa que leis reforçadas por sua forma especial. Essas, com efeito, exaurem em si mesmas o seu conteúdo, não têm qualquer forma constitutiva de algo fora de si mesmas (ZAGREBELSKY, 1992, p. 148).

Segundo ZAGREBELSKY, poder-se-ia assinalar a diferença entre regras e princípios observando-se simplesmente que as regras e somente elas podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente. Se o direito fosse composto apenas de regras, não seria insensato pensar na mecanização da sua aplicação por meio de uma lógica de "dê-me o fato e te darei o direito", mediante a utilização do silogismo judiciário e subsunção do fato concreto ao fato abstratamente disposto no texto.

Mas, uma tal idéia, tipicamente positivista, é de todo insensata enquanto no direito se aplicam princípios. Esses podem apenas ter uma aplicação de todo diversa, requerendo que se tome posição de acordo com eles em face da realidade, quando essa exige uma reação (ZAGREBELSKY, 1992, p. 149/150).

Segundo o ponto de vista que é tradicional do Positivismo Jurídico, os princípios de direito desempenham uma importante função supletiva, integrativa ou corretiva das regras jurídicas. Eles operariam no sentido do aperfeiçoamento do ordenamento e entrariam em jogo

quando as outras normas não estão em condição de desenvolver plena ou satisfatoriamente a sua finalidade regulativa (ZAGREBELSKY, 1992, P. 158/9).

Destaca-se, por exemplo, que não há regra escrita que não apresente uma certa margem de ambiguidade; que nem sempre todo caso a ser resolvido juridicamente encontra uma regra que o discipline, ou simplesmente que frequentemente existem colisões entre os conteúdos das normas jurídicas, nem sempre facilmente solucionáveis pelos instrumentos de eliminação de antinomias que os próprios ordenamentos prevêem. Nesses casos, deveriam entrar em ação os princípios jurídicos, com a sua força diretiva tanto mais vinculante quanto mais o princípio for expresso na constituição (ZAGREBELSKY, 1992, p. 159).

Se, no entanto, se considera totalmente a diferença estrutural existente entre os princípios e as regras, verifica-se a impossibilidade de reduzir o conteúdo do primeiro a um mero caráter acessório a respeito das segundas. Os princípios pretendem não uma ação conforme um fato jurídico, como é para as regras, mas uma "tomada de posição" conforme o próprio *ethos*, face a todos os acontecimentos não previstos ou mesmo imprevisíveis. Assim, os princípios não exaurem a sua eficácia na direção das regras jurídicas, mas têm a sua razão de ser autônoma em relação à realidade (ZAGREBELSKY, 1992, p. 160).

Segundo o pensamento jusnaturalista, a passagem do ser ao dever ser é possível porque se assume a justiça como valor. Essa representa o máximo imperativo ou a norma primária pressuposta, da qual toda e qualquer outra normatividade é apenas uma derivação (ZAGREBELSKY, 1992, p. 162).Nos ordenamentos jurídicos fundados sobre princípios, ao contrário, aquela passagem não depende, como para a doutrina do direito natural, de um valor reconhecido *a priori*, mas de normas do direito positivo. (ZAGREBELSKY, 1992, p. 163).

O "peso" dos princípios. Os princípios que entram na composição do quadro constitucional não são, salvo algumas exceções, indicados pela constituição com indicação dos "pesos" respectivos. Outros princípios, pela sua natureza de "quadro geral" entre os quais os outros devem ser colocados — tipicamente o princípio da igualdade — assumem, nesse sentido, uma posição proeminente (ZAGREBELSKY, p. 107).

9.6. Conclusão parcial do capítulo

Na tentativa de conferir maior racionalidade e segurança à interpretação, muitos juristas têm tentado construir teorias da norma, a partir da sua subdivisão nas categorias de princípios e regras.

Segundo essas teorias, cada uma com seu matiz, conforme se expôs neste Capítulo 8, os princípios agiriam de uma determinada forma que permita ao intérprete se afastar do texto das regras, sem que isso signifique exercitar a sua própria vontade. O conteúdo dessa válvula de escape seria dada exatamente pelos princípios.

A ideia é que, assim, o Direito ganhe uma outra dimensão, a partir de uma maior amplitude interpretativa, com uma maior flexibilização do Direito, permitindo uma maior adaptação às complexidades da realidade social, mas sem aumentar a discricionariedade judicial, muito ao contrário, conforme ficou claro especialmente na exposição da teoria apresentada por DWORKIN.

Dessa forma, os princípios superam o ideal positivista de que a aplicação do direito se dava a partir de uma operação silogística, em que se subsumia o fato à norma. Os princípios e a sua plasticidade permitem uma maior adaptabilidade, gerando uma atividade interpretativa em que o intérprete é também criador do direito. Mas, essa criação não pode ser ilimitada.

No entanto, ao tempo em que os princípios servem para descomprimir o sistema, a sua aplicação têm, na prática, levado a uma abertura interpretativa perigosa, uma vez que com a aparência de fundamentação juridicamente motivada muitas decisões descambam para o campo da discricionariedade desmedida.Os princípios tornam a atividade do juiz mais complexa, uma vez que é necessário aplicá-los de uma forma cautelosa e em cotejo com outros princípios e regras presentes no sistema, sob pena de ampliação exagerada da discricionariedade judicial.

Para além disso, todavia, a composição dos princípios não é ordenada por uma hierarquia preestabelecida em abstrato. Se assim fosse, a constituição seria um texto fechado, incompatível com as exigências de uma sociedade pluralista, aberta a sempre novas combinações de resposta às questões concretas do viver comum.

O modo de operar dos princípios constitucionais não pode jamais dizer-se definitivamente estabilizado, porque é o fruto de contextos político-culturais sempre em movimento. Consequentemente, as relações entre os princípios são renováveis e a renovação pertence, em

primeiro lugar, ao processo político, enquanto no respeito do limite da razoabilidade das escolhas combinatórias. A garantir esse limite está a chamada a jurisdição constitucional, mas somente *ex post factum*, em sede de controle externo ou tangencial, não *ex ante*, como antecipações de escolhas que atendem à discricionariedade do processo político.

A aplicação dos princípios, em face do seu caráter de flexibilização e da forma como vem se mostrando, não tem, no entanto, servido à redução da discricionariedade judicial e, assim, como uma contenção ao ativismo. Ao contrário, tem possibilitado uma uma discricionariedade travestida de fundamentação jurídica. Os princípios favorecem, assim, a judicialização da política, no sentido de que questões sensíveis passarão a ser judicializadas. Favorece, outrossim, um maior ativismo, no sentido de maior discricionariedade por parte do juiz constitucional.

As teorias mostradas acima são uma tentativa de construir uma sistematização e um arcabouço teórico das normas jurídicas, com as duas espécies normativas, normas e princípios. Esse arcabouço visa, em um segundo grau, a conferir maior racionalidade na aplicação dos princípios, para evitar que eles se tornem"panaceia". Como explicado acima, os princípios nada resolvem em relação à objetivação da decisão judicial, ao contrário. Como destaca Marcelo NEVES em passagem mencionada acima, não é pela via dos princípios que se chegará à decisão justa ou "correta".

As teorias analisadas se propõem a conferir uma racionalidade na compreensão e interpretação de princípios e regras e, assim, indiretamente, à redução da discricionariedade do intérprete e do ativismo. No entanto, não logram fazê-lo.

Nesse sentido, entendemos que nenhuma das teorias acima estudadas consegue conferir os limites interpretativos e, assim, reduzir a discricionariedade judicial. Isso nos faz pensar que os limites para a criação do Direito não são apenas intrínsecos ao ato de julgamento ou ao julgador, mas, também, exteriores a ele. Ou seja, são também verdadeiros constrangimentos (*constraints*) *a posteriori* que atuam sobre o intérprete. É desses constrangimentos exteriores que se falará em seguida, no Capítulo 10 desta tese.

CAPÍTULO 10. OS CONSTRANGIMENTOS*A POSTERIORI* À DISCRICIONARIEDADE: VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES, PARTICIPAÇÃO DE PLURALIDADE ATORES NA ESCOLHA DOS JUÍZES, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA (INCREMENTALISMO)

10.1 A objetividade da interpretação

Como já se vem mencionando ao longo deste trabalho, a segunda metade do século XX difundiu duas abordagens teóricas primárias em relação à natureza contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade. A primeira foi legar um mecanismo interpretativo que se propunha a limitar a discricionariedade judicial; a outra, reduzir, eliminar ou minimizar o significado da interpretação judicial da constituição.

Ambas pressupõem uma visão dicotômica das decisões judiciais na jurisdição constitucional: ou ela é artificialmente limitada ou é puramente política. A primeira abordagem procura limitações artificiais para controlar os juízes; a segunda nega a possibilidade de limitações e, assim, assume que os juízes são políticos.

Nenhuma das abordagens, no entanto, reconhece a possibilidade de que a interpretação judicial pode ser ao mesmo tempo flexível (ou seja, sem constrangimentos artificiais) e principiológica (ou seja, não precipuamente política). No nosso entendimento, a interpretação constitucional se desenvolve no campo dicotômico do jurídico e do político.

Como demonstrado nos dois últimos capítulos acima, diversas correntes do pensamento jurídico vêm tentando uma racionalização das decisões judiciais e a busca pela objetividade. No entanto, evidenciaram-se as inconsistências dessas teorias, em razão de três fatores: a) os critérios interpretativos não são dotados de ordenação hierárquica; b) problemas existem quanto ao uso dos princípios gerais do ordenamento jurídico; c) há insuficiência dos métodos de subsunção (GOUVEIA e ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 123/4).

Dessa forma, o processo de interpretação se desenvolve para além das regras lógicas, devendo estar presentes, na linha de MÜLLER e LARENZ, a razoabilidade e apreciações subjetivas do texto normativo, juízos baseados na interpretação da conduta humana, outros juízos decorrentes da experiência social e uma certa margem de discricionariedade judicial. O significado da constituição é frequentemente controvertido, e as controvérsias são normal-

mente resolvidas pelos tribunais ou cortes constitucionais. Os direitos dependem do que as cortes dizem, e as cortes nem sempre dizem o que haviam dito antes ou agem coerentemente.

Diante de tudo isso, ainda assim, é possível a objetividade no direito? Pensamos que sim, no sentido de Owen FISS (1982), como já comentado acima. As normas não são normas, salvo se decorrem de um ato de autoridade, a aquela autoridade apenas pode ser conferida por uma comunidade. De acordo com esse entendimento, as regras que governam a atividade interpretativa devem ser vistas como definidoras ou demarcadoras de uma comunidade interpretativa que consiste naqueles que reconhecem as regras como vinculantes.

Isso significa, acima de todo o resto, que o caráter objetivo da interpretação está vinculado, limitado ou relativizado. Ela é vinculada pela existência de uma comunidade que reconhece e adere às regras disciplinadoras usadas pelo intérprete e que é definida pelo reconhecimento daquelas regras. Uma objetividade vinculada é a única forma de objetividade à qual a lei – ou qualquer atividade interpretativa – pode aspirar e a única sobre a qual devemos nos preocupar. Nas palavras de Owen FISS, "insistir em mais, procurar a decepcionante onipresença no céu, é criar uma falsa questão" (FISS, 1982).

Importante ter em conta que a objetividade no direito conota padrões. Isso leva a que uma interpretação possa ser medida em relação a um conjunto de normas que transcendem o ponto de vista particular do intérprete. A objetividade implica que a interpretação seja julgada por algo que não seja a própria noção de correção do indivíduo. Ela transmite uma noção de impessoalidade. A ideia de uma interpretação objetiva não requer que a interpretação seja totalmente determinada por alguma fonte externa ao juiz, mas apenas que seja limitada, constrangida.

Para explicar a fonte do constrangimento no direito, é necessário considerar mais dois conceitos: um é a ideia de regras disciplinadoras, que constrangem o intérprete e constituem os padrões pelos quais a correção da interpretação será julgada; a outra é a ideia de uma comunidade interpretativa, que reconhece essas regras como provenientes de uma autoridade vinculante, e a cujo escrutínio o intérprete-aplicador está submetido.

Assim como a objetividade é compatível com uma certa medida de desacordo, também é compatível com o erro: uma interpretação objetiva não é necessariamente uma interpretação correta. *Brown v. Board of Education* e *Plessy v. Ferguson*, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, uma condenando a segregação racial nas escolas e a outra em sentido exatamente oposto, podem ambas ser objetivas e, assim, legitimadoras do exercício do poder judicial, embora apenas uma seja correta. Para entender como isso poder ser possível, deve-se

primeiramente reconhecer que as interpretações jurídicas podem ser avaliadas de duas perspectivas, uma interna e outra externa.

Da perspectiva interna, os padrões de avaliação são eles mesmos regras disciplinadoras, e a autoridade da comunidade interpretativa é amplamente reconhecida. A crítica, digamos, de *Plessy v. Ferguson* pode ser que os juízes não tenham entendido bem as regras vinculantes, ou as tenham aplicado mal; os juízes podem ter falhado em entender o ideal constitucional de igualdade trazido para a Constituição dos Estados Unidos pela Décima Quarta Emenda, por exemplo.

Apesar de uma tal crítica argumentar que a interpretação foi enganada, pode reconhecer que o caráter objetivo da interpretaçãoestá presente, uma vez que o juiz pode ter entendido ou aplicado mal uma regra, mas, ainda assim, ser constrangido por ela. Uma interpretação objetiva, mas juridicamente incorreta, participa da impessoalidade ou do sentido de constrangimento implicado pela ideia de direito. Nem todo erro de julgamento é um exemplo de falta de objetividade ou, em outras palavras, de excesso de discricionariedade judicial.

A objetividade diz com a força cogente das normas e se o ato de julgar é constrangido ou limitado por elas; a correção, por sua vez, diz com o conteúdo das normas e se o processo de julgamento e o significado produzido por esse processo estão de acordo com aquele conteúdo. De uma perspectiva interna, a legitimidade diz mais com a objetividade do que com a correção; permite-se aos juízes cometer alguns erros.

Essa perspectiva interna, no entanto, não exaure toda a avaliação da interpretação jurídica. Um observador externo à comunidade de intérpretes e, dessa forma, externo às disputas de autoridade daquela comunidade e de suas regras pode aportar um outro ponto de vista. Uma crítica a partir dessa perspectiva externa pode criticar a decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil que reconheceu as uniões homoafetivasna base de algum princípio ético ou religioso (*e.g.*, negando relevância a qualquer discriminação de gênero) ou na base de alguma teoria política (*e.g.*, condenando a decisão porque causará inquietação social). Nessa instância, a avaliação não é em termos de direito; o que importa não é se a decisão é objetiva. Pode ser direito, até mesmo bom direito, mas está errado, seja moral, politicamente ou mesmo de um ponto de vista religioso.

A interpretação não requer acordo ou consenso, nem o caráter objetivo da interpretação legal surge do acordo. O que está sendo interpretado é um texto, e a moralidade corporificada naquele texto, não o que pessoas individualmente consideradas acreditam ser ou não bom ou ruim.

Nem a objetividade nem a correção de um julgamento depende da unanimidade dos juízes e, muito menos, da disposição do povo – todo o povo ou a maioria dele – em concordar com aquela decisão. O teste é se aquela decisão está de acordo com as regras disciplinadoras.

Certamente, a adesão a regras disciplinadoras não é tão simples assim. Assumimos que o direito não apenas se serve da linguagem, mas é por ela produzido. Esse processo é complexo, pois o trabalho do jurista consiste, em larga medida, em se valer de enunciados linguísticos abstratos e transformá-los em enunciados concretos, bem como em realizar a operação no sentido inverso (KUBOTA, 2012, p. 398). As incertezas da linguagem aumentam a discricionariedade do intérprete, entendida aqui discricionariedade como o "resultado normativo relativo a uma escolha entre alternativas" (KUBOTA, 2012, p. 398). Essas incertezas podem ser de natureza sintática ou semântica. As incertezas semânticas (ou de relação entre significante e significado) é que apresentam maior dificuldade, pois geram problemas de porosidade, vagueza, polissemia e textura aberta.

Nunca se deve perder de vista que a interpretação visa a conciliar o dualismo existente entre fatos e normas, postulando, assim, a possibilidade de uma ligação e de um condicionamento recíproco entre ambos (ZAGREBELSKY e MARCENÓ, 2012 p. 83/4). Mas, interpretar os textos significa abrir caminho ao arbítrio individual? Significa que cada um é autorizado a proceder segundo as próprias categorias cuja compreensão de significado e de valor, como vimos, orienta a atividade do intérprete? Se fosse assim, como atingir a finalidade de certeza, objetividade, previsibilidade, estabilidade *etc*., que sempre foram associadas ao direito e cujas concepções unilaterais da interpretação, como só movimento do direito ao fato, prometem assegurar na maior medida possível?

Essa é, simplesmente, uma consciência falsa, como demonstra o fato de que ainda a invocação à mais rigorosa interpretação da lei, aquela exclusivamente literal, pode esconder a mais urgente razão substancial que o caso propõe. Pelo contrário: a letra estrita da lei pode ser a ocasião da mais despudorada astúcia (com boa ou má intenção, não é esta a questão) (ZAGREBELSKY e MARCENÓ, 2012, p. 93).

Se essas questões restassem sem resposta, ao menos teríamos uma das nossas convicções constitucionais fundamentais: a jurisprudência como aplicação e não criação do direito, em função de garantia e ancorada em parâmetros jurídicos incontroversos. E, como reação automática, em frente à dissolução da interpretação, poderemos ter a ilusão de olhar para trás,

à tradicional concepção monodimensional, proposta no passado pelo Positivismo Legalista, com as suas características de tecnicismo, automatismo, separações entre as normas e os fatos e indiferença aos casos *etc*.

Mas, seria uma reação enganada, que oferece respostas ilusórias. O Positivismo Legalista, com a sua simplista teoria da interpretação, pressupunha como dado aquele contexto unitário de sentido e de valor que cabia obscurecer e ignorar "o outro lado da interpretação": obscurecer e ignorar, mas não anular. O retorno a essa teoria do direito significaria somente a ilusão do problema, o "método da ignorância acerca do sentido do próprio agir" (ZAGREBELSKY e MARCENÓ, 2012, p. 96).

Portanto, como se vem repisando, a objetividade é possível na interpretação jurídica. Mas, objetividade no sentido de que o intérprete é constrangido na sua atividade interpretativa e não no sentido de que há uma interpretação correta e que, essa sim, atende aos reclamos da objetividade no direito.

No contexto da "nova dogmática da interpretação constitucional", como chama atenção BONAVIDES (2007), ganham importância princípios como o da *unidade da constituição* (pelo qual o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como preceitos isolados e dispersos, mas integrados a um sistema unitário de regras e princípios, evitando, com isto, contradições entre as normas constitucionais), o do *efeito integrador* (na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social), o da *máxima efetividade* (à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê), o da *conformidade funcional* (o intérprete não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional, o da *concordância prática ou da harmonização* (o qual procura impor à coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de modo a evitar o sacrifício – total – de uns em relação aos outros), o da *força normativa da Constituição* (pelo qual deve dar primazia às soluções hermenêuticas quem ressaltem a *eficácia ótima* da Lei Fundamental) e, ainda, o princípio das *leis conforme à Constituição* (que permite o controle de constitucionalidade das leis).

O fator temporal também assume importância fundamental na interpretação da constituição. O direito constitucional passa a ser visto mais por seu aspecto dinâmico do que estático. Nesse contexto é que assume importância a interpretação concretista que, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, "mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudan-

ças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis" (BONAVIDES, 2007, p. 514/5).

Importante ressaltar, ainda, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, que decorre da garantia do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process of law*), construído ao longo da experiência constitucional norte-americana e alemã, incorporado pela Constituição Federal de 1988 ao ordenamento jurídico nacional, pelo qual o intérprete deve verificar: i) a *adequação dos meios aos fins* (se o meio utilizado pelo legislador na obtenção do fim for infundado ou arbitrário, isto é, não proporcional às circunstâncias que o motiva e ao resultado que procura alcançar será considerado inconstitucional); ii) a *necessidade* ou a *exigibilidade* da medida, isto é, os meios utilizados para a obtenção dos fins visados devem ser *os menos onerosos possíveis*, devendo ser considerada inconstitucional a lei, por violação ao princípio da proporcionalidade, se houve, inequivocamente, *outras medidas menos lesivas*; iii) a verificação da *proporcionalidade em sentido estrito*, vale dizer, há que se proceder a uma relação de *custo-benefício* entre as *desvantagens* dos meios (prejuízos a serem causados) e às *vantagens* dos fins (resultados a serem obtidos).

No contexto dessa interpretação, concebe-se que as relações entre disposição e norma não são unívocas. Em um sistema de direito escrito, de regra, a cada disposição deveria corresponder uma norma ou então a distinção não teria consequência prática, parecendo indiferente tratar de uma ou de outra, pois que a sua sorte se correlaciona. Não são, todavia, infrequentes os casos nos quais essa correspondência é quebrada. Isso acontece todas as vezes em que *a)* de uma disposição possam derivar mais normas ou *b)* uma norma derive de mais disposições (ZAGREBELSKY e MARCENÓ, 2012, p. 68).

Segundo um modo de ver, a interpretação é o *processo intelectivo* através do qual, partindo das fórmulas linguísticas que compõem os atos normativos, chega-se ao *conhecimento* do seu conteúdo normativo, de sua "verdade": como já dito, dos *significantes* (os enunciados) aos *significados* (as normas). Já se viu que essa não é a concepção aqui adotada. Esse modo de ver, tradicional no estudo sobre a interpretação jurídica, se diz "cognoscitivo": trata-se de "espelhar" o que a disposição encerra (ZAGREBELSKY e MARCENÓ, 2012, p. 69/70).

Das concepções cognoscitivas da interpretação se devem distinguir as concepções que, por diferença, se podem definir como "voluntaristas". Essas últimas reconhecem a existência, na atividade interpretativa, de fatores externos às disposições a interpretar. As concepções

voluntaristas são numerosas. Essas se distinguem entre si segundo o tipo e o grau de "discricionariedade" que vem reconhecido ao intérprete (ZAGREBELSKY, 2012, p. 70).

Todavia, um uso demasiadamente "construtivo" da interpretação constitucional poderia levar a reduzir ou, ainda, eliminar o espaço da discricionariedade legislativa, saturando-o de direito e jurisdição e subtraindo a legitimamente da política. Na prática, todavia, essa linha divisória entre o constitucionalmente disciplinado e o constitucionalmente livre é a jurisprudência que deverá traçar, segundo atitudes mais ou menos ativistas que dependem da compreensão que de si mesma e do próprio papel tem a corte constitucional, em relação com a política. Nessa elasticidade dos limites se encontra a busca pelo equilíbrio entre a legislação e a jurisdição.

Pode-se aqui trazer considerações acerca do direito constitucional como "direito político". Na esfera política, a variedade dos casos e a sua pressão sobre o direito são incomparavelmente maiores do que em qualquer outro ramo do direito estatal: confrontam-se "forças" que alhures são desconhecidos e os casos e constituições lhes contém o sinal e a força.

A relação constituição-política expõe a interpretação da constituição à imprevisibilidade, à ocasionalidade, à incoerência. Fala-se habitualmente da dureza, da maleabilidade e da flexibilidade da matéria constitucional. É necessário, então, levar em conta isso, sendo frequentemente possível novas configurações sistemáticas que combinam em novas arquiteturas os elementos singulares do direito constitucional.

A função da justiça constitucional, como garantia de uma constituição que não se apoia sobre um poder soberano preconstituído, mas que traz a sua legitimidade da convergente e plural vontade de construir por seu intermédio a convivência social e política, se desempenha na presença do que é decisivo e que tudo condiciona: preservar a fé na constituição, como norma benéfica em geral (ZAGREBELSKY, 2012, p. 99).

Sob esse aspecto, a tarefa da jurisdição constitucional é do tipo "discursivo", não "potestativo"; a sua autoridade repousa, em última instância, sobre a capacidade de fazer valer as normas da constituição como fatores de coesão para além dos interesses particulares, com base no postulado, que ela mesma deve alimentar, da idoneidade da constituição mesma a desenvolver a tarefa "constitutiva" que lhe é própria: idoneidade que é, ao mesmo tempo, pressuposto recebido e tarefa a cumprir.

A constituição não é *instrumento de potência* de uma força hegemônica que se impõe sobre as outras, mas é instrumento, *fonte de convivência*. Essa vocação do direito constitucional do nosso tempo exclui as interpretações unilaterais, fechadas e totalizantes. A constituição é o produto do pluralismo e o pluralismo deve encontrar nessa a sua defesa.

Todavia, o perigo de exorbitância da justiça constitucional – em prejuízo da espontaneidade dos processos democráticos – é real. As possibilidades do "construtivismo interpretativo" são infinitas. A partir de uma só fórmula constitucional (por exemplo, a dignidade, a liberdade ou a igualdade dos seres humanos), por meio de deduções, induções, inferências, analogias, se poderia chegar a colocar em ordem o mundo inteiro por meio do Direito Constitucional.

Cabe aos operadores entender que é necessário preservar um amplo espaço para a "discricionariedade" das decisões políticas, um espaço incompatível com a "saturação jurídico-constitucional" da vida pública. Essa saturação é um perigo sempre presente para a democracia, em particular a democracia pluralista, cujos resultados políticos não devem ser determinados *a priori*. O perigo pode derivar tanto de normas constitucionais materiais excessivamente numerosas e detalhadas quanto do excesso de discricionariedade judicial.

Os críticos do controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário estão respondendo à preocupação de que sem uma busca pela objetividade das decisões, nós estaremos completamente à mercê do entendimento de cada juiz. Sem dúvida, é uma preocupação com fundamento.

Portanto, não basta apenas, como fizemos até agora neste trabalho, questionar se os métodos de interpretação, ou se os estudos e teorias para analisar as normas jurídicas (princípios, regras e postulados) são realmente suficientes paraconferir objetividade às decisões judiciais, ao menos aprioristicamente, como defendem alguns dos adeptos das teorias analisadas. É importante tentar avançar. Assim, se não podemos prover eficazmente uma receita *ex ante*, ao menos precisamos de um padrão *ex post*.

Se estamos tentando analisar o exercício da jurisdição constitucional e se não temos uma forma que garante chegar a resultados corretos, quais são os critérios para avaliarmos os julgamentos? Ou seja, até onde pode ir o juiz constitucional no seu mister? Qual é a diferença entre uma interpretação absolutamente indefensável (se é que isso existe) e outra razoável,

mesmo que indiscutivelmente errada? Em suma, o que faz do direito mais um exercício de julgamento razoável, embora não puramente lógico, do que de aplicação de força arbitrária?

Alguns importantes constitucionalistas, como vimos, construíram teorias de interpretação elaboradas e abrangentes para limitar a discricionariedade judicial. Eles acreditam que a aplicação de sua teoria favorita automaticamente produzirá respostas corretas e indiscutíveis para uma qualquer questão constitucional. Por esse métodos, juristas (e alguns juízes) esperam eliminar a incerteza inerente à linguagem constitucional e, assim, reduzir a discricionariedade dos juízes.

WILKINSON III (2012, p. 3) chama a essas teorias de cósmicas (*cosmic constitutional theories*) e, não sem uma forte dose de ironia, diz que elas pretendem desvendar os mistérios da constituição, tanto quanto Freud pretendeu fazer com o comportamento humano e Einstein tentou fazer com o universo.

Certamente, as teorias cujas linhas principais foram trazidas nos capítulos anteriores são engenhosas, aportaram novos e importantes elementos à discussão sobre a interpretação constitucional e são, cada uma delas, defendidas por importantes juristas. No entanto, no nosso entendimento, não lograram trazer a visão abrangente que os seus idealizadores e seguidores pretenderam e pretendem.

Ao menos dois fatores contribuem para que essas teorias tenham falhado na sua pretensão de conferir maior objetividade às decisões judiciais: a) a constituição não é, em última análise, uma abstração, mas fruto de uma experiência e de circunstâncias políticas e sociais; b) ela foi feita para incorporar tensões, o que torna a sua interpretação uma atividade mais complexa do que simples teorias *a priori*, por mais bem elaboradas que sejam, são capazes de resolver.

Segundo nossa concepção, a fundamentação jurídica não é um exercício objetivo desconectado das diversas perspectivas e valores dos juízes. Os juízes não operam no vácuo e suas visões de mundo inevitavelmente moldam seus julgamentos – ao menos ou mais visivelmente – em casos difíceis. Mas, é evidente que os juízes estão sujeitos a constrangimentos específicos, diferentes daqueles a que se submetem os legisladores.

Existem limitações internas e externas às decisões judiciais. Isso não quer dizer, entretanto, que essas limitações conduzem a respostas definitivas para todo e qualquer caso. Espe-

cialmente em casos importantes, juízes razoáveis podem divergir a respeito da interpretação ou do julgamento correto.

Entendemos que há um espaço entre a lógica pura, de um lado, e a discricionariedade, de outro. Nós já vimos acima que, por essas razões, os métodos interpretativos mais adequados a nosso entendimento são o Pragmatismo, a Interpretação Evolutiva (essa a ser explorada abaixo) e o Método Aberto proposto por HÄBERLE. Por outro lado, vimos também que os métodos interpretativos têm um papel mais modesto no concerne a limitar ou constranger a criatividade judicial do que pretendem os seus criadores e defensores.

Sendo assim, como os juízes podem decidir sem os pseudo constrangimentos de teorias gerais, mas com um certo grau de racionalidade? Por outro lado, o grau resultante da margem de flexibilidade judicial é aceitável em uma democracia? O que diferencia decisões judiciais de atos legislativos? Essas são perguntas que precisam ser postas.

Pensamos que não se pode domar a flexibilidade judicial entregando aos juízes uma receita para resolver questões constitucionais. Em vez de tentar prescrever como os juízes deveriam buscar as soluções, devemos perguntar como eles (e todos nós) poderiam atingir a aceitabilidade daquelas soluções em uma democracia.

Como teremos oportunidade de demonstrar ao longo deste capítulo da tese, pensamos que as diversas teorias e métodos de interpretação, apesar de servirem como parâmetros, não atuam eficazmente no sentido da contenção do subjetivismo interpretativo. Certo é que o subjetivismo e a vontade são inerentes a qualquer interpretação, mas, como demonstraremos, existe a possibilidade de algum controle. E os controles mais eficazes das decisões judiciais não são controles linguísticos e intrínsecosà decisão,apriorísticos, mas, sim, controles externos à decisão.

Segundo a concepção aqui adotada, a discricionariedade judicial é um dado. Nossa primeira questão, assumindo que a decisão está dentro de um raio permitido, é: dentro daquela área, existem formas de avaliar a validade da decisão? Em seguida, cabe a pergunta: existem características do processo judicial que podem encorajar julgamentos responsáveis dentro dessa área? Essas questões são o objeto desta parte do trabalho.

Assim, defendemos três garantias-chave contra a falta de critérios das decisões judiciais: (i) vinculação aos precedentes; (ii) limites processuais, incluindo a motivação, a transparência e o incrementalismo; (iii) normas internalizadas.

10.2. O constrangimento representado pelo respeito aos precedentes

Existemduas espécies de precedentes:os precedentes persuasivos (*persuasive precedents*) e os precedentes vinculantes (*binding precedents*). Na realidade brasileira, já estamos há muito tempo acostumados a lidar com a primeira espécie. Já em relação à segunda, foi adotada no ordenamento brasileiro de forma expressa e regulamentada pelo art. 927 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), inspirado pelo direito anglo-saxão. No entanto, o novo diploma ainda não está vigente, o que apenas ocorrerá no mês de março de 2016.

Como observa TEIXEIRA (2010.b, p. 192), a adoção de precedentes vinculantes, no sistema norte-americano, garante um grau relevante de previsibilidade e de aceitabilidade às decisões judiciais naquele ordenamento (no qual, observe-se, a jurisdição constitucional não é monopólio da Suprema Corte, assim como no Brasil), o que leva diversos outros países a reformar os seus ordenamentos para adotar sistemas semelhantes.

Aponta ainda TEIXEIRA (2010.b, p. 195) a importância do *holding* ao se trabalhar com precedentes, pois aí é que se determinará qual é a norma extraída do caso julgado, para se saber, assim, a abrangência de sua aplicabilidade a casos futuros. Os casos futuros devem envolver fatos considerados relevantes pelo precedente, para que ele seja aplicável.

A aplicação eficaz dos precedentes, no entanto, requer uma adaptação em nossa prática judiciária, em que os relatórios são cada vez mais sucintos, especialmente no caso dos Juizados Especiais, em subsistema em que sequer o relatório é exigido e a fundamentação é sucinta.

Mas, essa não é a única dificuldade representada pela falta de prática no trato dos precedentes em nossa tradição jurídica. Não é tarefa simples identificar os fatos juridicamente relevantes em um caso concreto, nem a comparação de elementos do caso em julgamento com casos decididos anteriormente, tampouco determinar quais precedentes são vinculantes ou tão-somente persuasivos (TEIXEIRA, 2010.b, p. 196).

No sistema norte-americano, diferentemente, há uma experiência secular no trato da matéria, o que não acontece no nosso sistema, de tradição romano-germânica e em que a ado-

ção de precedentes vinculantes, apesar de vir se mostrando necessária ao longo do tempo, chega a soar até como antinatural. No nosso sistema, o que hoje chamamos de precedentes são muito mais decisões sobre teses do que sobre casos concretos.

Exatamente em razão da necessidade de estabilização da jurisprudência e redução da discricionariedade individual do juiz, e apesar das dificuldades na prática,a importância dos precedentes só tende a crescer no Direito Brasileiro, a partir do momento em que se abandona a técnica subsuntiva (art. 135 do CPC? – o juiz só julga nos termos da lei?), e se passa, em diversas democracias, a utilizar uma forma de legislar em que se prestigiam as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados (GOUVEIA e ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 133 e ss.).

Isso porque essas normas necessitam ser densificadas a partir de sua aplicação a um caso concreto. A indagação a ser posta pode ser formulada seguintes termos: "se o sentido de uma cláusula geral é construído diante de um caso concreto, ou melhor, se o juiz cria a norma jurídica que lhe é apresentada, como admitir que, diante de fatos semelhantes e diante de uma mesma cláusula geral, haja solução diversa?" (GOUVEIA e ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 133 e ss.).

A adoção dos precedentes vinculantes reduz o que se convencionou chamar de "jurisprudência lotérica". Assim, a ideia, com a adoção dos precedentes vinculantes, é proporcionar a uniformização da jurisprudência, com o consequente aumento da previsibilidade das decisões e, em última análise, da segurança jurídica.

O juiz da Suprema Corte americana Lewis POWELL (1990) disse que a "eliminação do *stare decisis*(precedente vinculante máximo no sistema norte americano) representaria uma confirmação da ideia de que a Constituição nada mais é do que aquilo que cinco juízes dizem que é, o que leva ao enfraquecimento do direito". POWELL também disse que a "inevitabilidade da mudança toca o direito como toca qualquer aspecto da vida. Mas, estabilidade e moderação são particularmente importantes para o direito". E que "contenção ao julgar e respeito às decisões anteriores são a chave para a preservação de um Judiciário independente e para o respeito público pelo papel do Judiciário como guardião dos direitos".

Também CARDOZO (2014, Palestra II, p. 5) ressalta a importância da aderência aos precedentes, dizendo que "os juízes não são autorizados a fazer e desfazer regras ao seu belprazer de acordo com visões mutantes de conveniência e prudência". Ele reconhece, sim, que

o respeito aos precedentes, evidentemente, não é garantia de um julgamento razoável ou "correto", mas que os precedentes judiciais ajudam na direção daobjetividade, uniformidade, consistência e certeza das decisões judiciais, quando não fujam da razoabilidade e da conveniência.

Na palestra III (pg. 4), CARDOZO defende que "a lógica, a história, o costume, a utilidade e os padrões aceitos de conduta correta são as forças que sozinhas ou em combinação dão forma ao progresso do direito". Nesse conjunto de elementos, ele considera que os precedentes são um importante fator para dar coerência ao desenvolvimento do Direito, embora reconheça que a "uniformidade deixa de ser um valor quando se torna uniformidade de opressão". Aí é quando "o interesse social servido pela simetria ou certeza deve ser balanceado em relação ao interesse social servido pela equidade e justiça ou outros elementos do bem estar social".

Nessa mesma linha HOLMES (2014, Palestra I, p. 12), ao destacar a importância da vinculação aos precedentes, ressalva, por outro lado, que os precedentes devem ser constantemente submetidos ao escrutínio e à revisão.

Por outro lado, o *stare decisis* por vezes é ilustrado como uma traição do dever do juiz de seguir a lei e, assim, o próprio direito. Como pontuou o Justice SCALIA (1989.b), "Eu acharia uma violação ao meu juramento aderir ao que eu considero uma intromissão francamente injustificada no processo democrático que a Corte deve resguardar".

Ele excepcionou "decisões que se tornaram tão intrínsecas no nosso sistema de governo que voltar atrás não é mais possível", mas com aquela limitada exceção, ele disse que concorda que "acima de tudo...é a Constituição que ele jurou defender e não a interpretação que foi feita sobre ela".

Na visão de SCALIA, um textualista (ou originalista) assumido, conforme já analisado com detalhes em outro capítulo, quando a Corte se confronta com uma decisão anterior insustentável, "nós fortalecemos o direito mais eliminando do que mantendo tal decisão". Deve-se notar, no entanto, que SCALIA não leva esse ponto de vista ao seu limite lógico, e ele segue o precedente quando acha que superá-lo seria uma ruptura demasiada. Em casos comuns, no entanto, ele não hesita muito em se recusar a seguir decisões das quais discorda.

Apesar de todos os problemas, a adoção da vinculação aos precedentes, ideia enfatizada especificamente pelo art. 927 do novo Código de Processo Civil, no nosso entendimento, será salutar no Direito Brasileiro e pode colaborar no sentido de criar uma cultura de respeito aos entendimentos anteriores.

Na aplicação dos precedentes, o juiz se confronta, de logo, com um duplo desafio: ele deve primeiro extrair do precedente o princípio subjacente, a *ratio decidendi*; após isso, deverá determinar a trilha ou direção ao longo da qual o princípio se moverá e se desenvolverá, se não minguar e morrer (CARDOZO, 2014, Palestra I, p. 5).

Em relação ao primeiro desafio, não é simples identificar, na prática, o que são*obiter dicta* e *ratio decidendi*. Há a necessidade constante de separar o acidental e o não essencial do essencial e do inerente. Superada essa fase, que não é fácil nem livre de controvérsias, apenas metade ou sequer metade do trabalho terá sido realizada. O problema permanece em fixar os limites e as tendências de desenvolvimento e expansão, para orientar a força diretiva em movimento ao longo da trilha correta.

Após isso, o juiz terá que decidir como esse princípio será empregado ao caso sob julgamento, pois um princípio pode ser empregado ao longo da linha da progressão lógica, ao longo da linha do desenvolvimento histórico, ao longo da linha dos costumes da comunidade, ao longo das linhas da justiça, da moral e do bem estar social, ou os costumes do momento (CARDOZO, 2014, Palestra I, p. 5).

A jurisprudência, por sua própria natureza, deve evitar a inconstância. A continuidade dos s*tandards* interpretativos – na constância do direito vigente – é funcional tanto em relação à certeza do direito quanto em relação à igualdade no tempo, frente à lei. A mudança de rota, o *overruling*, as contradições jurisprudenciais, dão inevitavelmente a impressão de interferências inadmissíveis porque, como a política, é ditada por razões estranhas ao direito. As mudanças de rota pertencem, por sua natureza, ao legislador, não aos tribunais.

Quando o legislador enfrenta uma questão, é para reconsiderar a disciplina jurídica; quando é o juiz, deve ser, em geral, para confirmá-la, aplicando-a. A continuidade da jurisprudência é, assim, tão importante que até onde não existem “doutrinas” do *stare decisis*, como nos países europeus continentais, cujas constituições proclamam a sujeição dos juízes somente à lei, a consideração aos precedentes é sempre reconhecida na experiência concreta.

Na jurisprudência constitucional, a força do precedente se funda sobre uma razão adicional, que é a constituição como norma duradoura, destinada a estabilizar a vida política e social, subtraindo-a à inconstância das vicissitudes quotidianas: uma característica que seria evidentemente contraditada por uma jurisprudência constitucional que "andasse vagando", procedesse através de contradições em condição de contínua "emergência". Uma jurisprudência desse gênero teria inevitavelmente um valor "desconstrutivo", antes destrutivo, da constituição; seria em si mesma não um serviço da constituição, mas um atentado à sua natureza profunda (ZAGREBELSKY e MARCENÓ, 2012, p. 113).

Com efeito, sem fidelidade aos precedentes, tampouco seria possível construir uma "jurisprudência constitucional", a ser entendida não como a mera soma dos pronunciamentos sobre as diversas disposições da constituição, mas como construção progressiva de um edifício que se vai formando por desenvolvimento e extensões coerentes. As decisões da corte não partem do zero, mas tomam em conta o que foi estabelecido nos precedentes; sobre esse laço hereditário se fundam e a esse patrimônio levam o seu contributo (ZAGREBELSKY e MARCENÓ, 2012, p. 114).

A continuidade que vem da força do precedente não exclui, todavia, a influência de fatores inovadores, que impedem a jurisprudência de se cristalizar. Por isso, a força conservadora dos precedentes é atenuada pela circunstância de que mesmo esse como, de resto, cada material normativo do qual faz uso o juiz, são sobrepostos à interpretação. Através da interpretação é possível circunscrever o conteúdo, "distinguindo" o caso precedentemente decidido daquele a decidir, ou mesmo superando o entendimento contido no precedente.

Sem dúvida, os precedentes funcionam como uma força a favor da objetividade (impessoalidade) e, consequentemente, redução da discricionariedade (voluntarismo) nos julgamentos. O precedente atua primariamente no sentido da manutenção da jurisprudência, reduzindo a discricionariedade do intérprete. Para que seja possível uma mudança de curso, do intérprete se exige um ônus argumentativo mais pesado, pois terá que demonstrar que o caso sob julgamento é diferente do caso albergado (*distinguishing*) pelo precedente ou que o precedente deve ser superado (*overruling*) por razões fáticas ou jurídicas.

10.3. Constrangimento relacionado à motivação substancial das decisões

Decisões motivadas, baseadas em elementos relevantes, são a essência das decisões judiciais. A motivação não é apenas um constrangimento institucional, mas, também, psicoló-

gico, bem como promove uma maneira pela qual se pode avaliar o julgamento, ter elementos para saber se decorreu da vontade pessoal ou de uma construção jurídico-racional.

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) avançou no sentido de ajudar a combater as decisões pobremente fundamentadas, que, infelizmente, não são raras na prática judiciária brasileira. Com efeito, o art. 489, § 1.º, do CPC/2015, considera não fundamentada a decisão judicial, seja ela intelocutória, sentença ou acórdão que:

> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Importa notar que a lógica superficial não é suficiente para que se entenda que a decisão está adequadamente motivada. A motivação, que deve ser substancial, exige que os argumentos sejam sólidos o suficiente para se manter diante de um escrutínio à luz de argumentos contrários. Essa afirmação supõe que os juízes, sabendo antecipadamente que não terão que justificar publicamente as suas decisões com razões cuidadosas, serão menos diligentes na construção de seus argumentos.

Mas, seria ingenuidade supor que meras regras positivadas poderão, por mágica, mudar a nova prática forense e que, assim, de um momento para outro, todas as decisões prolatadas serão adequadamente motivadas. Com efeito, o tema da motivação é complexo e impõe, de logo, que se façam duas perguntas importantes:a)o que significa expor ao escrutínio?;b) como podemos saber se uma decisão específica é uma construção suficientemente elaborada? Não há uma fórmula, mas existem algumas regras básicas – e largamente aceitas.

Como princípio básico, para que uma decisão ofereça um suporte adequado para um dado resultado, deve ser lógica e coerente como um todo. Não pode conter argumentos baseados em revelações divinas (“porque Deus disse”) ou ser indiferente a inconsistências importantes (não incomuns em discursos políticos). Deve, ainda, repousar mais sobre regras e prin-

cípios que seriam aplicáveis a todos os casos idênticos do que sobre um desejo por um resultado particular naquele caso específico (FARBER e SHERRY, 2009, p. 45).

Como já foi explicado em diversas passagens desta tese, aceitamos o pressuposto de que as decisões judiciais envolvem necessariamente um componente humano, individual, de um lado, e que, de outro lado, isso não quer dizer que elas necessariamente sejam puramente políticas. O que interessa realmente não é saber se os elementos subjetivos deveriam ou não estar presentes nas decisões, mas, sim, como devem estar presentes.

Como os juízes devem, então, aplicar as normas constitucionais? Obviamente, quanto maior o grau de acordo sobre uma dada norma constitucional, tanto mais confortável se sentirá o juiz e menor será o seu ônus argumentativo para fundamentar a decisão. Para não ser arbitrária, uma decisão precisa fazer algo além de meramente citar texto, história, precedentes e valores. O seu prolator precisa também oferecer uma explicação de como chegouao resultado específico. A decisão propriamente dita deve resultar de uma arrazoada (e razoável) aplicação dos fatores considerados, o que nem sempre acontece na prática. O julgamento é, obviamente, construído (FARBER e SHERRY, 2009, p. 48).

Certamente, não há como evitar o componente humano no julgamento do direito, como já tantas vezes aqui ressaltado. Até mesmo a teoria mais formalista requererá determinações em casos limite que dependerão de uma escolha ou, em outras palavras, de uma decisão. Nas palavras de CARDOZO, não é possível "transcender as limitações do *ego* e ver algo tal como é" (2014, Palestra III, p. 3).O que constitui um julgamento razoável também deriva do tempo e do lugar, e está sujeito a mudanças. E quando vários argumentos conduzem a diferentes direções, uma posterior escolha, um posterior julgamento deve equilibrá-los com base em uma fundamentação plausível.

Como preleciona HOLMES (2014, Palestra I, p. 2), em uma das mais célebres passagens da literatura jurídica norte americana, "a vida do direito não tem sido lógica, mas, sim, experiência". As necessidades do tempo, as teorias políticas e morais prevalentes, intuições derivadas das políticas públicas, declaradas ou não expressas, mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com os seus colegas, têm muito mais importância do que o silogismo na determinação das normas jurídicas.

Em termos práticos, isso inevitavelmente significa que a ideologia,ao menos por vezes, afetará as decisões – não apenas porque avaliações de valores públicos têm um compo-

nente ideológico, mas, também, porque ideologias diferentes produzem interpretações sutilmente diferentes na história da interpretação constitucional.

Isso é, em certa medida, saudável, porque faz da corte responsável por mudanças na cultura política. No entanto, não pensamos que a ideologia sempre (ou, até mesmo, frequentemente) determina o resultado das decisões, o que os juízes necessariamente fecham suas mentes a contra-argumentos. O julgamento pode ser, nesse sentido, independente e objetivo, no sentido mencionado no início deste capítulo (fundamentado de forma consistente, de sorte que as demais pessoas compreendam as razões e tenham elementos para acompanhar o raciocínio em bases jurídicas, expondo-as ao escrutínio).

Não se pode esquecer, como destaca DANTAS (2007, p. 34), que a própria constituição, em seu sentido jurídico, "é a positivação do Direito, que, por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento". Dessa forma, a constituição incorpora os valores de dada sociedade em seu texto e, além de diploma jurídico, é um "fato social". A motivação substancial permite, assim, o controle sobre os elementos racionais e pessoais que estão na decisão judicial, o que reduz, certamente, a possibilidade de arbitrariedades.

O que se vem dizendo até aqui pode ser sintetizado qualificando-se a interpretação jurídica como atividade de finalidade essencialmente prática, no sentido de que essa se justifica com a existência de fatos e casos concretos a regular e é finalizada não com o conhecimento, mas com a ação transformada em decisão. Se não houvesse problemas práticos a resolver, ninguém precisaria recorrer ao direito; se não fosse necessário julgar, não existiria o direito, ao menos tal como o conhecemos.

Nessa orientação prática, foi dito, consiste o caráter do direito como experiência, uma fórmula talvez obscura à primeira vista, que poderia fazer pensar em atitudes existencialistas e vitalícias, mas que simplesmente significa que o direito é "conhecimento aplicado" e "condicionado pela concretização dos casos" a cuja resolução as normas são destinadas. "A controvérsia é produtora de direito", foi dito justamente, e o espaço da controvérsia é, precisamente, aquele no qual se gera a interpretação (ZAGREBELSKY, p. 78).

Quando a interpretação motivada se pode dizer bem-sucedida? O intérprete procede do caso e a ele retorna, em um procedimento circular (o "círculo interpretativo") de recondução bipolar que acha a sua pacificação no momento no qual se compõem do modo mais satisfatório possível as exigências do caso com aquelas do direito. Quando o resultado interpretativo

não violenta a um nem a outro (ou faz a violência menor possível), a interpretação se poderá dizer bem-sucedida.

10.4. Constrangimentos relacionados à estrutura do Poder Judiciário

A aderência aos precedentes e a motivação substancial, certamente, não são os únicos constrangimentos à discricionariedade judicial. Aspectos relacionados à estrutura do poder judiciário também são importantes. Juristas preocupados com a dificuldade contramajoritária normalmente focam primariamente em dois aspectos do judiciário: a forma como os juízes são nomeados e como eles podem ser controlados para evitar excessos.

No caso dos juízes brasileiros – como também é o caso dos juízes federais dos Estados Unidos –, o fato de que não são eleitos potencializaa chamada dificuldade contramajoritária e os cuidados no sentido da contenção são constantes.A discussão, portanto, frequentemente está centrada no grau de participação popular no processo de nomeação; na responsabilidade relativa do judiciário e dos poderes submetidos a escrutínio popular em relação à opinião pública; por fim,no controle dos demais poderes sobre a jurisdição.

No caso dos Estados Unidos, os juízes das cortes estaduais, diferentemente dos juízes federais, são normalmente eleitos e sujeitos ao *recall* popular ou a procedimentos de afastamento. Isso reduz a preocupação com o problema contramajoritário e provê um padrão em relação ao qual o judiciário federal pode ser comparado.

No caso do Direito Brasileiro, a vitaliciedade e, especialmente em se tratando do Supremo Tribunal Federal, a falta de tempo certo de investidura, são fatores também problemáticos, por vezes apontados como forças para distanciar os juízes da tão aclamada legitimidade democrática, pois sua responsabilidade em relação aos anseios populares seria ainda mais tênue.

Apar desses elementos, um dos mais simples, mas também mais significativos constrangimentos à discricionariedade judicial é a natureza plural dos membros do judiciário, como chamam atenção os professores FARBER E SHERRY (p. 87).

Os judiciários federal e estadual são estruturados de formas similares, no Brasil. Os juízes de primeiro grau decidem monocraticamente, mas suas decisões são passíveis de revisão por, ao menos, um colegiado. Nos Estados Unidos, no sistema federal, as decisões dos juízes de primeiro grau de um distrito podem ser revistas pelas cortes de apelação. Cada distrito ge-

ograficamente definido está sujeito a uma corte de apelação particular, de sorte que, por exemplo, juízes em Minnesota estão sempre sujeitos à revisão da Corte de Apelação do Oitavo Circuito, enquanto os juízes federais do Tennessee estão sujeitos à revisão da Corte de Apelação do Sexto Circuito (no momento, há treze diferentes cortes de apelação e o Congresso está cogitando da criação de uma ou duas mais decorrentes da divisão da atual Corte do Nono Circuito).

Os juízes das cortes de apelação normalmente compõem turmas de três membros rotativos e suas decisões podem ser revistas por um colegiado de dezessete membros pertencentes à mesma Corte. As decisões da Corte de Apelação, por sua vez, estão sujeitas à revisão da Suprema Corte, que é composta por nove juízes.

Cada instância – corte distrital, a corte de apelação fracionária e a corte de apelação plena – está vinculada pelas decisões das cortes a ela superiores. Apesar de elas não estarem vinculadas às decisões de outras cortes do mesmo nível – uma corte de apelação não precisa seguir as decisões de uma outra corte de apelação – decisões de cortes paralelas normalmente têm uma grande influência.

Os judiciários estaduais, nos Estados Unidos, funcionam de forma semelhante, contendo cortes de primeiro grau e um ou dois níveis de cortes revisoras de apelação, a algumas decisões de cortes estaduais envolvendo questões federais são também sujeitas à revisão pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Apesar de nem toda a decisão ser impugnada por recurso (e muito poucas realmente chegarem à Suprema Corte), os casos mais controvertidos, paradigmáticos e significativos estão mais sujeitos a serem revistos por múltiplas cortes (FARBER E SHERRY, 2009, p. 88).

Ao menos teoricamente, toda questão constitucional decidida em primeiro grau será posteriormente decidida por uma corte de apelação, salvo se houver transação. Os casos em que não há apelação são, normalmente, aqueles em que há transação, que envolvem questões mais acentuadamente fáticas do que jurídicas, ou nos quais há incontroversa aplicação da lei.

Em relação a esses aspectos, a estrutura do Poder Judiciário brasileiro não difere de forma importante da estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, a combinação entre organização hierárquica e cortes colegiadas colabora no sentido da maior contenção em diversos sentidos. Em um dado momento, os juí-

zes federais foram indicados por diversos presidentes (e confirmados por diversos senadores) e têm diferentes personalidades, experiências, formações, ideologias e conceitos morais. O único elemento em comum é o seu juramento derespeitar o direito.

No Brasil, quanto a esse ponto, os juízes de primeiro grau são sumetidos a concursos públicos, nos quais, em tese, grande número de bacharéis em direito são inscritos. Esse fator, por si, garante uma pluralidade ideológica na primeira instâncias. Nas instâncias de apelação e tribunais superiores, a escolha atende a critérios de promoção na carreira (por antiguidade e merecimento), bem como há vagas em percentuais menores para membros da advocacia pública ou privada e do ministério público.

No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, as condicionantes são próprias. Apesar de os ministros da Suprema Corte não responderem perante uma corte superior, eles – como qualquer outro juiz de um colegiado – devem persuadir a maioria do seu entendimento. Além disso, as decisões do Supremo Tribunal estão sujeitas a um escrutínio muito mais profundo e amplo, pois quase que diariamente os seus julgamentos são analisados na imprensa, especializada ou não, bem como pelos diversos juristas em todo o país[24].

Finalmente – e talvez mais importante – as decisões judiciais, e as razões para elas, são sujeitas ao escrutínio acadêmico e popular. Muitas decisões judiciais estão largamente disponíveis, especialmente desde o advento da *internet*. A grande mídia dá notícia dos casos mais importantes, usualmente em detalhes e em um alto nível de sofisticação. Muitos dos repórteres que fazem a cobertura das cortes – e especialmente os que cobrem o Supremo – têm a competência de compreender e de transmitir ao público as doutrinas jurídicas e os contextos dos casos, bem como de aproveitar a oportunidade de aprofundar os seus conhecimentos ao participar de conferências e consultar especialistas.

Alguns jornalistas são especialistas em direito, com formação jurídica universitária e combinam o jornalismo com uma carreira jurídica prática ou acadêmica. E, nos últimos tempos, têm surgido muitas fontes de mídia especializadas – normalmente (mas não sempre) *on-line* – que realizam cobertura até mais aprofundada, incluindo avaliações críticas. O público leigo interessado pode, assim, facilmente obter o entendimento da corte e assistência para interpretá-lo.

[24]A estrutura e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro serão analisados em capítulo abaixo.

Há ainda um componente de profunda importância em todo esse sistema, que é a hoje bastante conhecida T.V. Justiça – nos EUA ainda não há experiência semelhante, mas sua implantação se discute hoje de forma acesa (de um lado, pode levar a uma certa busca por holofotes, mas, de outro, possibilita um maior controle social sobre os julgamentos).

Atualmente, ao menos alguns dos juízes estão também ligados a outros observadores. O conceito americano de controle de constitucionalidade foi e vem sendo adotado em muitos outros lugares hoje, e os juízes de várias cortes constitucionais do mundo começam a se comunicar entre si. Essa intercambiariedade nas decisões começa a gerar uma preocupação com a repercussão internacional das decisões judiciais, especialmente daquelas prolatadas pelas cortes supremas.[25]

No caso brasileiro, evidentemente que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal não exercem uma influência global, como é o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas, o Judiciário brasileiro tem sua área de influência regional, em especial na América do Sul e de países da comunidade lusófona.

10.5. A transparência

Dos constrangimentos que vimos analisando, a transparência é, possivelmente, o menos discutido, mas não menos importante do que os demais. Neste subitem, elaboramos motivos para se exigir transparência e oferecer ilustrações concretas do seu papel no constrangimento à discricionariedade judicial.

Primeiro, uma nota sobre o que queremos dizer por transparência, no sentido de FARBER e SHERRY (2009, p. 97): as opiniões escritas de um juiz deveriam refletir justamente as suas razões. Transparência é a disposição do juiz de expor os seus melhores argumentos, sem malícia (o que não significa dizer sem habilidade), ao escrutínio alheio.

A falta de transparência pode assumir diferentes formas: uma opinião formalista que disfarça a escolha valorativa do juiz com um resultado ditado por uma argumentação mecânica; uma distorção do precedente, para fazer um caso difícil parecer fácil ou para poupar uma doutrina falha em face de uma aplicação desafiadora; ou sonegar uma informação ou dissimular um argumento que influenciou o tribunal.

[25]Sobre o assunto, vf. BREYER, 2015.

A transparência também exige que o juiz seja honesto consigo próprio: não é aceitável dizer que alguém acredita realmente em argumentos implausíveis ou dissimulados se aquela crença é produto de uma falha no exame dos argumentos tão racional e imparcialmente quanto possível.

Apesar de todas as suas vantagens, a transparência não é aclamada universalmente, tampouco universalmente seguida. E, como demais limites do julgamento, a falta de transparência não é sempre um problema de fácil e nítida identificação. Os melhores juízes vão submeter as suas próprias argumentações a um exame, mas mesmo bons juízes podem – como todos nós – por vezes ser honestamente persuadidos por fracos argumentos.

10.6.O incrementalismo ou a interpretação constitucional evolutiva

No modo de ver desta tese, nem os precedentes, nem os princípios ou teorias de interpretação são capazes, sozinhos, de conferir a racionalidade e a contenção pretendidas às decisões judiciais. Os juízes frequentemente devem fazer escolhas entre aplicações plausíveis ou entendimentos diferentes.

Essas escolhas serão influenciadas por uma miríade de fatores, incluindo elementos subjetivos do juiz, o poder de persuasão dos advogados, a clareza ou não do texto, a existência de precedentes, entre diversos outros fatores que influenciam o processo de decisão.

Esses fatores algumas vezes podem conduzir à contenção e outras, não. Mas, há um fator que deveria ser levado em conta pelos juízes e que talvez funcionasse mais como um freio do que como um estimulante a posturas excessivamente discricionárias: a preferência pelo incrementalismo/interpretação evolutiva, ao invés de se optar por mudanças radicais de entendimento.

O direito existe porque há a necessidade de se regularem relações entre as pessoas. Ele prescreve padrões de comportamento, supostamente refletindo os valores da sociedade. O papel do juiz é entender o propósito do direito na sociedade e ajudá-lo a atingir esse propósito. Mas,por outro lado, o direito de uma sociedade é um organismo vivo e o juiz é um importante ator dessa mudança. Todavia, a necessidade de mudança requer também uma preocupa-

ção com a estabilidade, o que implica que a mudança deve ocorrer por evolução e não por revolução (BARAK, 2002).

A utilização de novos métodos da hermenêutica jurídica possibilitou a mudança de sentido das normas constitucionais, "sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional" (BONAVIDES, 2007, p. 458). No entanto, os novos métodos podem conduzir ao afastamento da tradição constitucional, com o exercício exagerado da criatividade judicial. Uma forma de contenção importante é a interpretação evolutiva ou o incrementalismo.

Já se expôs, um pouco atrás, a prevalência, na moderna doutrina, da concepção *construtiva* da interpretação, pela qual se deve buscar não a vontade do legislador histórico (a *mens legislatoris*), mas a vontade autônoma que emana da lei. A isso, acrescentamos, como visto acima, o *ego* do julgador, com toda a sua experiência, suas visões pessoais, o seu tempo e o seu lugar. O que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência e o julgamento e a interpretação que se fazem dela.

Não se pode esquecer a lição que nos dá Ivo DANTAS (1994, p. 79), ao tratar de constituição material, ou real, no sentido da constituição "histórica, social e temporalmente condicionad(a)", ou seja, a constituição é um diploma cujo sentido está em constante mutação ou evolução.

Entretanto, a construção do significado da norma constitucional não deve conduzir ao subjetivismo, ou à construção de significados que prestigiam as concepções pessoais do intérprete. Esse é o fundamento da chamada interpretação evolutiva, ou seja, a garantia de que não haverá rupturas, mas que, ao contrário, a jurisprudência deverá caminhar cautelosamente em uma dada direção.

Tratando do tema, SUNSTEIN (2002, p. 7) observa que, nos Estados Unidos, na forma como foi interpretada em 1915, a Constituição possivelmente não poderia ter permitido uma Lei da Seguridade Social ou uma Lei Nacional das Relações Trabalhistas, e proibia leis sobre jornadas de trabalho máximas e mínimas. Nos anos 1930, a política do New Deal do Presidente Roosevelt incluía todas essas questões e, no ano de 1937, a Suprema Corte confirmara tudo o que o Presidente desejava. A Constituição, concordou a Suprema Corte, não o impedia.

Em 1945, quase todos pensavam que se os governos federal e estaduais segregassem as pessoas por motivos de raça, não haveria violação à Constituição dos Estados Unidos. A Constituição não permitia o direito ao voto; permitia culto oficial nas escolas públicas e era frágil na proteção das discordâncias políticas. Algumas décadas mais tarde, em 1970, todos concordavam que a Constituição proibia a discriminação racial, salvaguardava o direito ao voto, bania culto oficial nas escolas públicas e oferecia ampla proteção não apenas às discordâncias políticas, mas também a qualquer forma de manifestação de pensamento. Se os cidadãos americanos de 1945 fossem colocados em uma máquina do tempo, eles teriam dificuldade em reconhecer a Constituição de apenas 25 anos antes (SUNSTEIN, 2002, p. 7 e 8). Toda essa evolução foi promovida pela interpretação judicial, especialmente levada a cabo pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Richard Nixon e Ronald Reagan reprovaram intensamente esses esforços de expansão de direitos e se empenharam em mudá-los. Em torno de 2005, a Constituição estava começando a parecer um pouco mais como parecia em 1920. Os poderes do Governo Federal estavam sendo limitados, os direitos das pessoas processadas criminalmente regrediram, a Constituição oferecia menos aos membros das minorias e os direitos dos proprietários estavam em expansão. Em 2005, talvez a Constituição não parecesse exatamente como Richard Nixon e Ronald Reagan tinham planejado. Mas, havia feito movimentos importantes nessa direção (SUNSTEIN, 2002, p. 8).

Na prática do Direito Constitucional norte-americano, a interpretação evolutiva desempenha papel de grande relevo, tanto no campo do devido processo legal (v. *infra*) como no da criação de novos direitos não previstos expressamente (*e.g.*, o direito à privacidade) e no da igualdade perante a lei, notadamente a de cunho racial. A esse propósito, é ilustrativo assinalar que a versão original da Carta de 1787 permitia, na Seção 2 do art. 1.º, o regime de escravidão. Em 1857, ao julgar o caso Dred Scott *vs.* Sandford, a Suprema Corte chegou a negar a condição de cidadão a um escravo. Após 76 anos e uma guerra civil, a 13.ª Emenda, de 1865, aboliu a escravatura. Investidos de cidadania, ainda assim os negros eram discriminados, com a chancela dos poderes estatais (BARROSO, p. 152), dentre outras formas, mediante a segregação nas escolas, nos transportes públicos e nas zonas residenciais de diversas cidades, inclusive do norte.

Em 1896, ao decidir o caso Plessy *vs.* Ferguson, a Suprema Corte endossou a doutrina do *equal but separate* – iguais, mas separados –, forma dissimulada de discriminação pratica-

da em diversos Estados. Somente em 1954, ao julgar Brown *vs*. Board of Education, a Corte considerou inconstitucional a segregação de estudantes negros nas escolas públicas, em decisão que se tornou um marco na política de integração racial. Constata-se, assim, que, na vigência de uma mesma Constituição, o tratamento dado aos negros evoluiu da discriminação total para a discriminação atenuada, e, depois, para a não-discriminação (BARROSO, p. 152).

No Brasil, existem alguns precedentes interessantes de aplicação evolutiva da Lei Fundamental, pela intervenção criativa dos tribunais, isto é, através de construções constitucionais. Dentre elas se destaca sempre a chamada *doutrina brasileira do "habeas corpus"*, consubstanciada na extensão do instituto a outras situações de ilegalidade e abuso de poder que não aquelas relativas à liberdade de locomoção. Foi igualmente por construção pretoriana que se criaram regras de proteção à mulher, notadamente a que vivia maritalmente com um homem, sem ser casada. A Constituição de 1988 bem espelhou esta longa evolução, consignando em seu texto, no art. 226, § 3.º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BARROSO, p. 153). Assim também ocorreu com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de injunção, como se analisará com detalhes nesta tese.

Mas, a interpretação evolutiva encontra limites, apesar da abertura da linguagem constitucional. Como chamam atenção FARBER e SHERRY (2009, p. 106), no julgamento de *common law*, o incrementalismo e a vinculação ao precedente andam juntos para assegurar que o direito seguirá um curso lento de mudança, mais por um desenvolvimento progressivo e revisões sutis do que por alterações de entendimento bruscas e fundamentais.

Isso não quer dizer que a Jurisdição Constitucional, em momento algum, pode promover mudanças mais agudas, como aconteceu, no Brasil, no julgamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu as uniões homoafetivas como constitucionais (o julgamento será analisado em profundidade nesta tese). Mas, em geral, o Direito Constitucional melhor cumpre o seu mister quando a Corte tem a capacidade de desenvolver princípios sobre uma série de casos do que quando tenta fazer o papel de legislador pronunciando uma série de regras vinculantes de uma só vez.

No Direito norte americano, FARBER e SHERRY (2009) analisam exemplos importantes de incrementalismo ou interpretação evolutiva que merecem ser trazidos em seguida.

10.6.1. O incrementalismo em Brown v. Board of Education

O exemplo mais famoso de incrementalismo constitucional é a história de *Brown v. Board of Education* (1954), o caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou inconstitucional a prática que algumas escolas mantinham de segregar os alunos em razão da cor da pele.

A decisão em *Brown* em si mesma considerada foi dramática, mas a Corte já tinha pavimentado o terreno em decisões anteriores. A Corte avançou em passos cuidadosos – alguns diriam cuidadosos até demais – antes de adotar o entendimento pela declaração de inconstitucionalidade.

Apesar de *Brown* ser às vezes considerado uma grande surpresa, na verdade a Corte já estava se movendo firme e cautelosamente há anos naquela direção. Por quase duas décadas antes de *Brown*, a Corte gradualmente fragilizou a doutrina prevalente que permitia as escolas baseadas na doutrina "separados, mas iguais" (*separate, but equal*). Em uma série de casos patrocinados por advogados da Nacional Association for the Advancement of Colored People (NAACP) (incluindo Thurgood Marshall, mais tarde nomeado para a Corte pelo Presidente Lyndon Johnson), a Suprema Corte julgou diversas instalações segregacionistas desiguais e, por conseguinte, inconstitucionais.

A natureza incrementalista (ou evolutiva) da mudança é ilustrada pelo fato de que a Corte (ajudada pela escolha de casos feita pelos advogados) começou a combater as desigualdades mais evidentes e nos ambientes educacionais menos sensíveis – escolas de nível superior e profissionalizantes.

Em 1954, quando a Corte em *Brown* finalmente declarou que mesmo escolas "iguais" e segregacionistas, nos níveis fundamental e médio, violavam a Constituição, a maior parte da Nação já estava preparada para aceitar aquela decisão como o próximo passo. Embora o Sul resistisse, um pouco mais da metade dos americanos concordavam com *Brown*; o percentual era de 73% entre pessoas com nível superior (FARBER e SHERRY, p. 106).

A Corte *Brown* mais tarde chegou até a mitigar o radicalismo de seu acórdão sinalizando para a tolerância com a postergação na sua implementação. A decisão original não continha nenhuma ordem para tomar uma ação particular, mas, sim, uma determinação para que as partes rediscutissem a questão das medidas apropriadas à dessegregação.

Um ano mais tarde, a Corte ordenou que as escolas abolissem a segregação "o mais rapidamente possível". Apesar de o cuidado da Corte talvez ter encorajado os Estados segregacionistas a desafiar a sua decisão, não é claro se uma ordem mais imediata teria sido mais efetiva; não houve tanto progresso na abolição da segregação até que o Congresso e o presidente, em complementação ao que fizera a Corte, passaram a defender a integração (FARBER e SHERRY, p. 107).

Entrementes, a Corte, de forma lenta, seguiu determinando a abolição da segregação em outras instalações públicas, progressivamente alterando a visão do povo americano sobre raça e possivelmente encorajando o movimento da Casa Branca e do Congresso na direção de uma visão mais esclarecida quanto ao assunto.

Brown v. Board of Educatione um caso instrutivo em diversos níveis. Primeiro, apesar da oposição sulista à integração, a abordagem incrementalista da Corte tem suas vantagens. Em 1938, quando a Corte começou a julgar inconstitucionais instalações educacionais, a maior parte dos cidadãos – mesmo no Norte – não estava preparada para aceitar a integração.

Se a Suprema Corte houvesse tentado proscrever a segregação em 1938, a decisão poderia ter sidorecebida com resistência massiva – e não apenas no Sul. A maior parte das cidades do norte era residencialmente segregada: uma pesquisa de 1939 mostrou que apenas 19% das pessoas residentes na Nova Inglaterra e nos estados do Meio-Atlântico, e 11% dos residentes nos Estados do meio oeste concordavam que negros deveriam "ter permissão para morar onde eles escolhessem" (FARBER E SHERRY, 2009).

Em 1952, 56% dos brancos residentes em Detroit defendiam a segregação residencial. A partir do momento em que os negros começaram a se mudar para localidades previamente ocupadas por trabalhadores brancos, nos anos 1940 e 1950, houve ataques por motivos de raça e até mesmo motins raciais em Detroit, Chicago, Filadélfia, Newark e Cincinnati. Apesar de escolas do Norte não serem segregadas pela lei, esses padrões residenciais levavam a que negros e brancos raramente frequentassem as mesmas escolas. No norte e no sul, muitos locais de trabalho eram segregados. Os esportes profissionais eram segregados até os anos 1940; as forças armadas permaneceram segregadas até 1949 (FARBER E SHERRY, 2009).

A história da luta de décadas da Corte com as escolas segregacionistas também ilustra como a combinação da aderência aos precedentes e a preferência pela mudança incrementada serve para constranger os juízes. É possível ver retrospectivamente que a integração imediata

– antes e depois de *Brown* – era uma impossibilidade política. Mas, só aquele fato poderia não ter impedido uma Corte determinada, independente e não eleita de tentar fazê-lo. Que a Corte não estava tão inclinada é um testamento à inerente natureza conservadora da aplicação judicial da Constituição. Até mesmo juízes que podem ter desejado proceder de forma mais rápida não o fizeram, contidos por prudência judicial e colegas incrementalistas.

10.6.2. O incrementalismo e a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos

Possivelmente, a área do Direito Constitucional norte-americano mais robusta e bem construída é a proteção à liberdade de opinião garantida pelaPrimeira Emenda. A jurisprudência sobre a Primeira Emenda se tornou muito complexa como resultado de julgamentos da Suprema Corte e evoluiu ao longo do tempo. A Corte gradualmente identificou alguns princípios nucleares, tal como a mitigação da regulamentação da liberdade de expressão e a necessidade de impedir a discriminação contra pontos de vista impopulares. A Primeira Emenda é um caso paradigmático do sucesso do incrementalismo.

A questão central da liberdade de expressão pode ser reduzida à seguinte pergunta: qual é a melhor forma de equilibrar o direito de um indivíduo de pensar e falar livremente com a necessidade do governo de prevenir danos que derivem daquela expressão? A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o tema é um clássico exemplo de como o Direito Constitucional pode evoluir de forma incrementalista.

Em uma decisão de 1907 do Justice Oliver Wendell Holmes, a Corte adotou a tese de que proibir restrições prévias à liberdade de opinião era uma proteção suficiente para os direitos individuais; o governo poderia sempre impor uma punição subsequente que considerasse "contrária ao bem estar geral". Doze anos mais tarde, a Corte reconheceu que a punição posterior à opinião pode também violar a Constituição, mas adotou uma posição extremamente-restritiva. Escrevendo para uma Corte unânime no início de 1919, o Justice Holmes condenou criminalmente manifestantes contrários à guerra sob o argumento de que a sua opinião representava um "perigo claro e presente" à empreitada (FARBER e SHERRY, p. 108).

No final de 1919, enquanto a maioria ainda se mantinha fiel à concepção estrita do "perigo claro e presente", o próprio Justice Holmes tinha reformulado o seu posicionamento no sentido de uma maior proteção à liberdade de opinião. Divergindo em um outro caso de manifestação contra a guerra, Holmes escreveu que não poderia o governo punir as opiniões,

salvo se elas "constituíssem ameaça iminente de interferência com propósitos legais e relevantes que uma imediata intervenção se fizesse necessária para salvar o país".

Ao longo das décadas seguintes, a Corte se moveu lentamente na direção da decisão de Holmes da ampla proteção à liberdade de opinião. Em 1943, por exemplo, o Justice Jackson escreveu à Corte que "se há alguma estrela fixa na nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, alta ou baixa, pode prescrever o que deve ser ortodoxo em política, nacionalismo, religião ou outros assuntos concernentes à liberdade de opinião ou forçar os cidadãos a confessar por palavras ou atos suas crenças a esse respeito".

A Corte finalmente sustentou em 1969 que o discurso subversivo não pode ser restringido ou punido salvo se "destinado a incitar ou provocar atitude ilícita iminente e se capaz de incitar ou provocar tal atitude". Duas décadas mais tarde, quando a Corte reviu uma condenação por queima de uma bandeira, o opinião majoritária do Justice Brennan esclareceu que a "lição amarga" desses casos anteriores foi que "o governo não pode proibir a liberdade de expressão simplesmente porque ela contraria a sua mensagem". Passo a passo, então, a Corte reconheceu que o propósito da Primeira Emenda é proteger contra essa espécie de tirania da maioria.

PARTE IV – ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta PARTE IV do trabalho, serão abordados alguns julgamentos importantes realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Os casos serão analisados sob a perspectiva de estudar se a judicialização e a solução dada pelo Supremo Tribunal levaram a um "excesso de jurisdição" e se houve ou não uma postura ativista.

Essa análise não será realizada, todavia, sem antes se estudar traços importantes da estrutura e do funcionamento próprio Supremo Tribunal Federal. É o que se fará em seguida, no Capítulo 11.

CAPÍTULO 11. ALGUMAS NOTAS IMPORTANTES SOBRE O O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FEIÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL

A primeira preocupação deum tribunal constitucional em uma democracia não é corrigir erros em casos específicos julgados por cortes inferiores. Esse papel cabe a tribuanais de apelação. A preocupação de um tribunal constitucional ou de uma corte supremaé mais ampla, uma ação corretiva sistêmica. Essa ação corretiva deve focar em duas questões principais: reduzir a lacuna entredireito e sociedade e proteger a constituição e a democracia (BARAK, 2002).

Os perfis dos juízes que compõem um tribunal (ou seja, a sua educação jurídica e sua experiência política e judiciária) são moldados por uma série de fatores, incluindo o quão rigorosos são os requisitos para se tornar um membro, o processo de escolha, quem participa daquele processo e como e se uma carreira judiciária existe e se chega à corte suprema.

Esses perfis, em consequência, provavelmente influenciam vários aspectos da cultura interna de uma alta corte, tal como as percepções do papel dos juízes e intercolegialidade judicial, as quais podem afetar como um tribunal se engajará nas questões políticas. Do mesmo modo, as regras e as práticas informais que guiam a investidura de um juiz; em que bases formais ou informais e por quem os juízes podem ser demitidos de suas funções; e se as regras que dizem respeito ao tamanho do tribunal são estipuladas na constituição ou pela lei podem influenciar dois aspectos da cultura interna da alta corte em particular: o quão seguros os juízes se sentem em seus cargos e como uma corte determinada é ou não forte enquanto instituição.Em consequência, esses fatores podem afetar, por exemplo, quão assertivos os juízes serão no seu processo decisório e como eles julgarão as suas decisões politicamente mais cruciais.

O tamanho de uma alta corte também pode influenciar sua organização interna, as práticas que os juízes desenvolvem para revisar e decidir os casos e quem participa do processo de decisão. Essas facetas da cultura interna também têm importantes implicações para o tempo e conteúdo dos julgamentos de uma corte constitucional. Além disso, que garantias formais constitucionais de independência existem, e que práticas informais os representantes eleitos têm adotado para ameaçar ou manipular um tribunal (se houver), também têm implicações para a cultura interna de uma alta corte e (condicionada por aquela cultura) para a judicialização(KAPISZEWSKI, 2010, p. 54).

Diversos juristas têm analisado a independência judicial e as suas consequências para a elaboração de decisões judiciais. Por exemplo, COUSO (2005) sugere que um grau razoável de independência em relação ao governo é um pré-requisito para a avaliação judicial frente a líderes eleitos. CHÁVEZ, por sua vez, ilustra como, na Argentina, as “práticas e instituições

informais" que os presidentes usam para controlar os tribunais frequentemente burlam garantias de independência judicial constitucional (CHAVEZ 2004).

Ainda instituições externas concernindo à independência das altas cortes podem também afetar a crença de juízes a respeito de sua segurança, a forma como eles interagem uns com os outros e as práticas que eles adotam para fazer o seu trabalho. Essas facetas da cultura interna de uma alta corte podem também ter importantes efeitos na judicialização, por exemplo, nas decisões às quais os juízes chegam e sobre se as suas relações com os líderes eleitos são produtivas ou contenciosas(KAPISZEWSKI, 2010, p. 55).

Finalmente, muitas instituições externas relacionadas ao poder judiciário e as possibilidades de acesso podem também impactar a cultura interna de uma alta corte, e o seu efeito na produção judicial é condicionado por aquela cultura. Novamente, muitos estudiosos que analisaram instituições externas relacionadas ao poder e à acessibilidade de altas cortes têm salientado o seu efeito na produção judicial (WILSON, 2005 eTAYLOR 2006).

Ainda o poder jurisdicional e o poder de declaração de inconstitucionalidade que são garantidos às cortes, os mecanismos que estão disponíveis para chegar a eles (e quão permissiva é o sistema recursal), e se um tribunal pode controlar os seus julgamentos, pode afetar a sua organização interna e as práticas que os juízes adotam para revisar e decidir casos — bem como o conteúdo de suas decisões.

Para dar apenas um exemplo, uma carga excessiva de trabalho pode desencorajar os juízes em relação a práticas menos tímidas, de forma a evitar um papel mais político. Igualmente, a habilidade de um tribunal para exarar tutelas provisórias podem permitir ou encorajá-lo a adotar práticas de julgamento particulares (por exemplo, desencorajando provimentos finais), com implicações importantes de como ele se envolve em política (KAPISZEWSKI, 2010, p. 55).

Em relação ao Supremo Tribunal Federal no Brasil, poucas regras formais guiam as nomeações de seus Ministros. A Constituição de 1988 estipula que seusmembros devem ser cidadãos brasileiros entre as idades de 35 e 65 anos quando indicados, devem ter notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101). As indicações são feitas mediante nomeação pelo Presidente, confirmação pelo Senado em sabatina pública e posterior aprovação pela maioria absoluta do Senado (art. 52). Apesar de os líderes políticos eleitos terem desenvolvido algumas práticas de indicação, elas tendem a ser apartidárias e, geralmente, têm reforçado as regras formais, mais do que enfraquecido.

A Constituição de 1988 permite uma vitaliciedade qualificada: os juízes devem se aposentar aos 75 anos de idade (com a alteração levada a efeito pela recente Emenda Constitucional n.º 88/2015). Apesar de a Carta não descrever os processos de *impeachment* ou de demissão em detalhes, ela indica que o Senado é responsável decidir casos nos quais os juízes são acusados de desvio de conduta (crimes de responsabilidade), e que o Senado também pode impedir e remover ministros (art. 52).

No entanto, em contraste com o que aconteceu em outros países latino-americanos (por exemplo, na Argentina ou Peru), nenhum ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro foi julgado por má conduta, induzido a renunciar ou removido, salvo as cassações durante a ditadura militar. Finalmente, o número de juízes — onze desde 1969 — é fixado pela Constituição (art. 101), tornando ainda mais difícil a manipulação da composição da Corte(KAPISZEWSKI, 2010, p. 56).

A Constituição de 1988 conferiu ao Poder Judiciário independência financeira e administrativa em face dos demais poderes (artigos 96 e 99). Para além das garantias de vitaliciedade mencionadas acima, os tribunais elaboram os seus próprios orçamentos (dentro dos limites determinados pelos demais poderes) e se organizam internamente como lhes aprouver; além disso, os salários dos juízes são irredutíveis (art. 95). A dificuldade de emendar a constituição torna essas garantias ainda mais firmes.

Conforme dispõe a Constituição, a jurisdição do STF é bastante ampla, incluindo a originária, bem como a competência recursal ordinária e extraordinária (art. 102). Os poderes de controle de constitucionalidade também são bastante extensos. O STF tem o poder de realizar o controle concreto desde 1891, e tem alguns poderes relacionados ao controle abstrato desde meados dos anos 1960.

A Constituição de 1988 incrementou os poderes de controle abstrato do STF, de forma que desde os anos 1990 ele tem sido cada vez mais uma corte constitucional, apesar de não ser designado como tal. A Corte pode declarar normas inconstitucionais e pode declarar inconstitucionais lapsos administrativos, regulatórios ou legislativos que impeçam a plena eficácia de um princípio constitucional (Rocha e Paulo 2003: 18-19). Quando o STF realiza o controle concreto, os efeitos imediatos de suas decisões são, em geral,*inter partes*; as suas decisões em controle concentrado têm efeitos *erga omnes*.

Essa feição de corte constitucional tem sido exercitada de um modo crescente pelo Supremo Tribunal, embora a ampla maioria dos casos que chegam ao STF sejam recursos de

julgamentos de cortes inferiores. A estrutura recursal brasileira tem sido bastante permissiva, existem muitos mecanismos e antes de 2004 o tribunal essencialmente não tinha um controle dos casos a serem julgados: tinha que julgar praticamente todo caso que recebia, salvo se se tratasse de "ofensa reflexa à Constituição". Dada a ampla jurisdição da corte e a facilidade de recorrer, o STF recebe e decide um número extraordinário de casos: 163.950 casos foram protocolizados na Corte durante os anos 1980; 326.493 casos foram protocolizados nos anos 1990; e o tribunal recebeu mais de um milhão de casos entre janeiro de 2000 e novembro de 2009 (KAPISZEWSKI, 2010, p. 57/8).

Como se verá no tópico seguinte, o Supremo vêm decidindo sobre questões de grande repercussão com grande liberdade e sem sofrer contestações ou oposições mais relevantes, a demonstrar a força e o prestígio que essa instituição vem adquirindo nos últimos anos.

Apesar de essa realidade, por uma lado, representar um fortalecimento do papel do Supremo e, em última análise, do próprio Direito Constitucional, na prática, essa tarefa é tortuosa. Como já demonstrado em capítulo anterior desta tese, não há consenso entre os juristas sobre a melhor forma de interpretar a Constituição. Além disso, como bem aponta Oscar Vilhena VIEIRA (2008), os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal também não estão livres de controvérsias.

O processo de"empoderamento" do Supremo Tribunal Federal ocorreu em sua fase pós-Constituição de 1988 e tem alguns marcos importantes:

1) a Constituição de 1988 criou um modelo político que não é puramente majoritário, assegurando inúmeros direitos fundamentais;

2) o Supremo Tribunal Federal foi dotado de diversas competências originárias: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2.º); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, p.u.); mandado de injunção para sanar omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5, LXXI); mandado de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, *d*). O controle difuso foi mantido (art. 102, III, *a*, *b* e *c*). Ampliação dos legitimados à propositura de ADI. No regime anterior, apenas o Procurador-Geral da República, à época subordinado ao Presidente da República, detinha o monopólio da proposi-

tura. No atual regime, são legitimados (art. 103) o Presidente da República (I), a Mesa do Senado Federal (II), a Mesa da Câmara dos Deputados (III), a Mesa das Assembleias Legislativas (IV), o Governador de Estado (V), o Procurador-Geral da República (VI), o Conselho Federal da OAB (VII), os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (IX).

3) A EC3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo ao Presidente da República, às mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a iniciativa.

4) No plano infraconstitucional, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que trazem normas processuais sobre a ADI, ADC e a ADPF, fortaleceram e expandiram os poderes do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, com a possibilidade de modulação temporal de efeitos, declaração de nulidade parcial sem redução do texto e participação de *amici curiae*.

Com a ADPF, fica o Supremo Tribunal Federal autorizado a julgar se um determinado ato normativo federal, estadual ou municipal, mesmo que anterior à Constituição, afronta preceito fundamental.

5) A EC 45/04 continuou o processo de empoderamento do Supremo Tribunal Federal, materializando a Reforma do Poder Judiciário. Ampliou o rol de legitimados à propositura da ADC (art. 103, *caput*), igualando-o ao rol de legitimados para a ADI. Além disso, deu *status* constitucional ao efeito vinculante da ADI (art. 102, § 2.º). Criou a figura da súmula vinculante (art. 103-A), bem como instituiu a repercussão geral como mais um requisito de admissibilidade de recurso extraordinário (art. 102, § 3.º). Essas alterações aportaram profundo incremento nos poderes do Supremo Tribunal Federal, aprofundando a sua participação na vida política do país, bem como a sua aproximação à ideia de uma Corte Constitucional.

As disposições da nova Constituição sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal, com a ampliação do controle concentrado, inclusive mediante o aumento dos legitimados, facilitaram o advento da judicialização da política e de demandas sociais importantes. Assim, questões políticas importantes que anteriormente eram objeto da atuação dos poderes políticos — o Legislativo e o Executivo — passaram a ser resolvidas pelo Poder Judiciário, especifi-

camente pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o fenômeno conhecido como judicialização da política foi lentamente se estabelecendo na democracia brasileira.

Verifica-se, no entanto, que nos primeiros anos pós-1988 o Supremo Tribunal Federal não utilizou tais poderes de uma forma que se possa chamar de ativista, apesar de já se verificar o fenômeno do aumento da litigiosidade e da judicialização da política.

O Supremo reconfigurado pela CF/88, em seus primeiros anos, manteve a passividade que marcara o período pré-1988. O Tribunal, além de ter restringido alguns de seus poderes, também limitou o acesso à sua jurisdição. O grande exemplo é o mandado de injunção, a partir da adoção da teoria da proibição do Judiciário como legislador positivo (STF, 1989.a e 1991.a), cuja evolução jurisprudencial será analisada no último capítulo desta tese.

Além disso, impôs limitações aos legitimados ativos para propositura de ADI's, em uma clara restrição aos termos do art. 103 da CF/88. Por exemplo, criou o conceito de pertinência temática, segundo o qual, para a propositura de ADI's os Governadores, Assembleias Legislativas, Confederações Sindicais e Entidades de Classe de âmbito nacional apenas poderiam propor ADI caso as leis e/ou atos normativos inquinados de inconstitucionalidade tivessem repercussão direta sobre os seus interesses (STF, 1995).

Houve, ainda, restrições criadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à legitimidade para propositada de ADI`s em relação ao art. 103, IX, tendo entendido que associações de profissionais, associação de associações e federações sindicais não se ajustam aos conceitos de confederação sindical e entidades de classe (STF, 1989.b, 1998, 1991.b).

Também quando se tratou de medidas provisórias, o Supremo sempre adotou uma postura passiva, entendendo que o controle de constitucionalidade sobre os pressupostos de relevância e urgência apenas seriam controláveis em caso de excesso de poder de legislar (STF, 1989.c).

Nos anos 2000, teve início a fase que se conhece como ativista na história do Supremo Tribunal Federal. Alguns julgamentos extremamente importantes representativos dessa fase serão analisados com mais detalhe no próximo capítulo. Ver-se-á, no entanto, que apesar de apontados como julgamentos ativistas, na verdade não são julgamentos em que se verifica o exercício de uma discricionariedade inadequada pelo Supremo Tribunal. São, sim, julgamentos que efetivam direitos fundamentais e inovam no ordenamento, mas com respeito à tradi-

ção jurídica e à evolução dos respectivos temas no Direito Brasileiro. Por isso, em nossa visão, não são exemplos de posturas ativistas.

CAPÍTULO 12. ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INCREMENTALISMO (JURISPRUDÊNCIA EVOLUTIVA), ATIVISMO OU AUTOCONTENÇÃO?

No presente capítulo, serão analisados julgamentos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos que consideramosrepresentativos da fase comummente apontada como "ativista" do Supremo Tribunal.

A ideia é demonstrar como o Supremo Tribunal Federal tem, em casos importantes, adotado entendimentos inovadores, efetivadores de direitos fundamentais e socialmente relevantes mas, nem por isso, ativistas, no sentido de excessivamente discricionários e pouco constrangidos. Os casos que serão analisados abaixo exemplificam julgamentos em que o Supremo Tribunal Federal, sem se demitir de sua função de guardião da Constituição, logrou evitar o ativismo, dando passos ousados mas, ao mesmo tempo, calcados no respeito à evolução dos temas respectivos no Direito Brasileiro e por ela constrangidos.

12.1.O mandado de injunção e a jurisprudência evolutiva

A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao mandado de injunção é um típico caso de interpretação evolutiva ou incrementalista da Constituição Brasileira. No que diz respeito ao mandado de injunção, a jurisprudência do Supremo partiu da tese não concretista até a tese concretista, no julgamento dos MI's Coletivos 670, 708 e 712 (direito de greve aos servidores públicos).

Quanto aos efeitos da decisão prolatada no mandado de injunção, podem-se listar as seguintes teorias (MAZZEI, 2008, p. 222 e ss.), tratadas sob outras denominações por outros autores, embora representado os mesmos conceitos:

- Teoria da Subsidiariedade – o julgador deve se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando a autoridade omissa sobre a mora na edição normativa. Foi adotada em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do MI n.º 107-3/DF;

- Teoria da Resolutividade – a natureza da decisão é constitutiva *inter partes*, com a criação pela via judicial da norma inexistente. Essa corrente se divide entre (i) os que entendem que o juiz, além de editar a norma para o caso concreto, deve resolvê-lo – caso do professor Ivo DANTAS, em trabalho seminal (DANTAS, 1994.a, p. 97), bem como de PACHECO (2008, p. 359) – e aqueles que, contrariamente, entendem que a solução da lide é tema estranho ao mandado de injunção, devendo ser buscada em processo autônomo;

- Teoria Mista (Teoria da Subsidiariedade combinada com a da Resolutividade) – o juiz concede um prazo para que a autoridade competente edite a norma faltante. Ultrapassado o prazo, o juiz regulamenta o exercício do Direito; e a

- Teoria da Independência Jurisdicional – a decisão no mandado de injunção detém caráter constitutivo *erga omnes*, gerando a edição de uma norma geral e aplicando-se a todos os casos análogos.

O professor Ivo DANTAS (2010.b, p. 342), em exposição sobre os efeitos do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, explica que tradicionalmente a Corte adotou a corrente não-concretista (ou da subsidiariedade), abraçando a tese de que os efeitos do mandado de injunção são análogos aos da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, cabe apenas prolatar a mora legislativa e comunicá-la à autoridade ou ao Poder competente (MI 219/DF).

Aponta, ainda, que uma nova fase é inaugurada em 1991, quando o Supremo Tribunal Federal passa a adotar a corrente concretista intermediária, ou teoria mista (DANTAS, 2010.b, p. 343), pela qual a Corte fixa um prazo para que a autoridade ou o Poder edite a norma. Caso não o faça, a Corte confere o direito ao impetrante (MI's 283, 282 e 284).

Como destaca Ivo DANTAS(2010.b, p. 344), o verdadeiro ponto de inflexão na jurisprudência do Supremo em relação ao tema ocorreu no ano de 2007. No julgamento do MI 721/DF, o Tribunal adotou a corrente concretista individual (teoria da resolutividade), quando aplicou "o art. 57 da Lei da Previdência Social (8.213/91) para conceder aposentadoria especial (por insalubridade) a servidora pública que teve negado o benefício pela inexistência da lei complementar mencionada no art. 40, § 4.º da Constituição Federal".Verifica-se, por ocasião do julgamento desse mandado de injunção, que o Poder Judiciário conferiu uma dimensão muito mais altaneira ao remédio, atribuindo-se o poder-dever de elaborar uma norma no caso concreto analisado.

Nessa linha evolutiva, o Supremo Tribunal avançou ainda mais um degrau (DANTAS, 2010.b, p. 346), ao reconhecer, nos MI's coletivos 670, 708 e 712, o direito de greve aos servidores públicos, aplicando à esfera pública a lei de greve dos trabalhadores privados (Lei n.º 7.783/89).A grande novidade, no julgamento desses MI's, é que às decisões foram conferidos efeitos *erga omnes*, aplicando-se a Lei n.º 7.783/89 a todo o funcionalismo público e não apenas às categorias impetrantes, como se vê do excerto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008):

> MI 670
>
> "o Tribunal resolveu a omissão legislativa com a aplicação da Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o senhor Ministro Maurício Correia (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional e os senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações (...)."

O acórdão restou assim ementado:

> **EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURIS-**

PRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nºs 7.701/1988 E 7.783/1989.

1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1.1. No julgamento do MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, *DJ* 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 24.5.2002; MI

nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 20.6.2003.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI nº 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.11.1996; MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 2.8.2002; e MI nº 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 23.8.2002.

2.2. Em alguns precedentes(em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI nº 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei nº 7.783/1989).

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO.

3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva".

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servi-

dores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em

sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais".

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI Nº 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURAN-

ÇA DA POPULAÇÃO" (LEI Nº 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI nº 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC nº 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. Noplano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei nº 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos – um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nºs 7.701/1988 E 7.783/1989.

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11).

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*).

> **6.5.** Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.
>
> **6.6.** Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.
>
> **6.7.** Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis n^{os} 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

O voto do Min. Maurício Corrêa, que julgou o remédio procedente apenas em parte, para declarar a mora do Congresso Nacional (adotando, assim, a teoria não concretista), foi vencido. Prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes, que esposou a teoria concretista:

> RELATÓRIO
>
> O Sr. Ministro Maurício Correa: O Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo (SINDIPOL) impetra mandado de injuncão coletivo contra o Congresso Nacional, com pedido de medida liminar, objetivando seja reconhecido o direito de greve da categoria, com base na Lei federal 7.783/89, dada a falta de norma regulamentadora da disposicão contida no inciso VII do art. 37 da Constituicão de 1988.
>
> VOTO
>
> O Sr. Ministro Maurício Correa (Relator): A jurisprudencia desta Corte firmou entendimento de que o julgamento do mandado de injuncao tem como finalidade verificar se há mora, ou não, da autoridade ou do Poder de que de- pende a elaboracão de lei regulamentadora do Texto Constitucional, cuja lacuna torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas asseguradas pela Carta Federal.

2. Ocorre que não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injuncão, garantir ao Impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o ambito da competencia prevista na Constituicão. Também não lhe é facultado fixar prazo para que o Congresso Nacional aprove a respectiva proposicão legislativa, nem anular sentenca judicial, convolando o mandado de injuncão em tipo de recurso não previsto na legislacão processual.

3. Quanto ao pedido formulado após a manifestacão do Ministério Público Federal, para que seja reconhecida a eficácia da Lei Estadual 7.311/02, anoto que não é possível atende-lo, quer pela impropriedade do meio utilizado, quer pela vedacão processual de se modificar a inicial depois de a autoridade coatora relativamente à lacuna da norma regulmentadora do dispositivo constitucional em questão, assinalo que pedido identico já foi apreciado por esta Corte, a qual reconheceu a "mora do Congresso Nacional quanto à elaboracão da lei comple- mentar a que se refere o art. 37, VII, da Constituicão. Comunicacão ao Congresso Nacional e ao Presidente da República" (MI 438/GO, Néri da Silveira, *DJ* de 16-6-95). No mesmo sentido, o MI 485/MT, de que fui Relator, *DJ* de 23-8-02.

Ante tais circunstancias, conheco, em parte, do mandado de injuncão, apenas para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da norma regulamentadora do art. 37, VII, da Carta da República, devendo, quanto a este fato, ser oficiado ao órgão impetrado.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de mandado de injuncão no qual o Impetrante postula o reconhecimento do direito de greve.

(...)

O mandado de injuncão no Direito brasileiro

Em sessão de 15 de maio de 2003, pedi vista dos autos para apreciar a questão da conformacão constitucional do mandado de injuncão no direito brasileiro e a evolucão da interpretacão que este Supremo Tribunal Federal lhe tem conferido.

Como se ve, trata-se de pedido de mandado de injuncão no qual o Impe- trante postula o reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

Preliminarmente, a questão da conformacão constitucional do mandado de injuncão no direito brasileiro e a evolucão da interpretacão que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem conferido a essa garantia fundamental merece algu- mas consideracões.

No ambito do direito comparado, cabe salientar que, se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, compor- tam discussão sobre a existencia, ou não, de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós.

O poder constituinte originário, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais que também vinculam o poder público, por forca inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual- constitucional do mandado de injuncão e da acão direta de inconstitucionali- dade por omissão.

Assinale-se que a Constituicão Federal de 1988 (CF/1988) abriu possi- bilidades para o desenvolvimento sistemático da *declaracão de inconstitucio- nalidade sem a*

> *pronúncia da nulidade*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada "omissão do legis- lador". O art. 5o, LXXI, da CF previu expressamente a concessão do mandado de injuncão sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.
>
> Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o consti- tuinte, no art. 103, § 2o, um sistema de controle abstrato da omissão.
>
> Desse modo, reconhecida a procedencia da acão direta de inconstitucio- nalidade por omissão, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providencias cabíveis.
>
> Caso se trate de órgão administrativo, ele estará obrigado a colmatar a lacuna no prazo de 30 dias.
>
> Deve-se admitir, portanto, que, com a adocão desses peculiares mecanis- mos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desen- volver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injuncão e no controle abstrato da omissão, tem con- teúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reco- nhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaracão de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superacão da situacão inconstitucional, mesmo nesses casos, deve ocorrer em duas etapas (*Zweiaktverfahren*).
>
> Tecidas essas breves consideracões, passemos à análise da jurisprudencia desta Corte quanto ao *writ of mandamus*.

Em seguida, o Min. Gilmar Mendes traça um histórico do entendimento da Corte em relação aos efeitos do mandado de injunção, para, adiante, expor o seu entendimento, que representou um ponto de inflexão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta, em seu voto, que não se trata de protagonismo legislativo do Supremo (entendimento com o qual concordamos). Na verdade, a não atuação legislativa em um período de quase vinte anos desde a edição da Constituição de 1988 reclama uma atuação do Supremo Tribunal, sob pena de se incorrer em uma "omissão judicial":

> Comungo das preocupacões quanto à não-assuncão pelo Tribunal de um *protagonismo legislativo*. Entretanto, parece-me que a não-atuacão no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de "omissão judicial".
>
> Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situacão parece exigir uma intervencão mais decisiva desta Corte.

E, linhas à frente, clarifica sua afirmação:

> Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfacão do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e con- veniencia do Poder Legislativo.
>
> Estamos diante de uma situacão jurídica que, desde a promulgacão da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer al- teracão. Isto é, mesmo com as modificacões implementadas pela Emenda 19/98 quanto à exigencia de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonancia com imperativos constitucionais.
>
> Por essa razão, não estou a defender aqui a assuncão do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretizacão do direito de greve a to- dos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.
>
> (...)
>
> A meu ver, tais condicionamentos político-institucionais permitem uma aproximacão ao caso brasileiro da omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos.
>
> O que se propõe, portanto, é uma mudanca de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.
>
> É certo, igualmente, que a solucão alvitrada por essa posicão não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o ambito da greve no servico público, as regras aplicáveis às greves no ambito privado.

Nas suas conclusões, deixa claro que a aplicação da Lei Geral de Greve às greves de servidores públicos ocorrerá tão-somente até que o Parlamento disponha sobre a matéria.

> **D) Conclusão**
>
> Em síntese, considerada a omissão legislativa alegada na espécie, voto, preliminarmente, pelo conhecimento do mandado de injuncão.
>
> No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei 7.783/89 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos.

> Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da conti- nuidade dos servicos públicos, não estou a afastar que, de acordo com as pe- culiaridades de cada caso concreto e mediante solicitacão de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observancia a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "servicos ou atividades essenciais", nos termos dos já mencionados arts. 9o a 11 da Lei 7.783/89.
>
> Creio que essa complementacão na parte dispositiva de meu voto é indis- pensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, **não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulacão dos servicos públicos que tenham características afins a esses "servicos ou ati- vidades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos servi- cos privados ditos "essenciais"**.
>
> Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, identica conformacão legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem "em perigo iminente a sobreviven- cia, a saúde ou a seguranca da populacão" (Lei 7.783/89, parágrafo único, art. 11).

Vê-se, assim, que o entendimento mais recente abraçado pelo Supremo Tribunal Federal é o que concede máximaeficácia ao mandado de injunção e que, dessa forma, o instrumento se reveste de adequação suficiente para sanar as omissões legislativas e regulamentares inconstitucionais.

A esse respeito, como ensina o Professor Ivo DANTAS (2007, p. 512/3), por gerar efeitos concretos,o mandado de injunção pode dar ensejo a que o Poder Judiciário obrigue "a parte ré ao cumprimento da decisão, tal como determina a verdadeira inteligência da CF/88, em seu art. 5.º, LXXI".

Verifica-se, em relação aos efeitos do mandado de injunção, que o Supremo Tribunal Federal evolui pouco a pouco o seu entendimento, em uma interpretação nitidamente evolutiva (ou incrementalista). O Supremo Tribunal Federal apenas deu concretude a um preceito constitucional auto-aplicável, portanto, em que a atuação do Poder Legislativo se fazia absolutamente dispensável. Bastava ao Supremo Tribunal Federal exercer a competência que lhe foi atribuída pela Constituição Federal.

Nos casos que serão analisados em seguida (a interrupção da gravidez dos fetos acometidos de anencefalia e o caso das uniões homoafetivas), a situação normativa é completamente diferente, pois, em ambos, o Supremo Tribunal Federal agiu na falta de atuação legislativa e de uma forma não evolutiva.

No primeiro dos casos (fetos anencéfalos), ver-se-á que o Supremo Tribunal Federal tão-somente deu conteúdo a conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso do conceito de vida. No segundo caso, diferentemente, o Supremo alterou o significado de termos contidos na legislação, como é o caso da união entre homem e mulher.

12.2.A interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF N.º 54)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, sob o patrocínio do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso. O relator do caso foi o Ministro Marco Aurélio. Para uma compreensão inicial dos aspectos gerais do julgamento, eis a ementa do acórdão:

> ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Consideracões.
>
> FETO ANENCÉFALO – INTERRUPCÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINACÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTENCIA. Mostra-se inconstitucional interpretacão de a interrupcão da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.
>
> ACÓRDÃO
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a acão para declarar a inconstitucionalidade da interpretacão segundo a qual a interrupcão da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

O voto do Min. Marco Aurélio inicia destacando que estão em nítido confronto, no caso sob julgamento, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência.

Dessa forma, destaca o relator, o tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminacão, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. Dito isso, afirma que não há uma verdadeira colisão entre esses direitos fundamentais, mas apenas um conflito aparente(p. 1).

Faz, a seguir, distinção entre a interrupção da gravidez de um feto sadio, cuja vida é viável, e de um feto acometido do gravíssimo mal que é a anencefalia. Fica claro, desde o início, que a anencefalia é particularidade essencial do caso que será julgado e que as conclusões do julgamento não se aplicarão a toda e qualquer interrupção de gravidez, mas, tão-somente, à gravidez de anencéfalos.

No caso da antecipacão terapeutica do parto de feto anencéfalo, o enfoque mostra-se diverso daquela concernente a um feto sadio. Cabe, no caso do anencéfalo, indagar se há razões para obrigar a mulher a levar a termo a gestação quando ausente expectativa de vida para o feto (p. 2). Já nas páginas inicias do seu voto, o relator antecipa a sua conclusão:

> Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificacão penal da interrupcão da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituicão, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a protecão da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa. (g.n. P. 3)

Tece, então, considerações sobre o estado laico, para concluir que o estado, uma vez adotada a laicidade, não pode julgar à base de princípios religiosos.Salienta, outrossim, e esse será o cerne da sua argumentação, que as proteções que a Constituicão Federal institui em relação à crianca e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentacão, à educacão, ao lazer, à profissionalizacão, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e à convivencia familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligencia, discriminacão, exploracão, violencia, crueldade e opressão, não se aplicam aos anencéfalos. Isso porque, ainda que haja parto, não há possibilidade de se cogitar de que o feto se torne crianca e, posteriormente, adolescente(p. 19). Por essas mesmas razões, não há cogitar de direito à vida dos anencéfalos, porque vida não há:

> Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balanca, em contraposicão aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

O cerne do seu voto se centrará nesse ponto: o anencéfalo não tem viabilidade, não pode viver, não é vida. Portanto, a sua preservação não goza de proteção constitucional.

> É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina[70]. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausencia de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupcao da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante[71] –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestacão oriunda de estupro, quando o feto é plenamente viável. (p. 56).

A partir dessas considerações, o Supremo decidiu nos termos abaixo:

> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a acão para declarar a inconstitucionalidade da interpretacão segundo a qual a interrupcão da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condicões de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.

Vê-se que, a partir da interpretação do conceito de e do direito à vida, o Supremo Tribunal Federal criou mais uma hipótese autorizativa de interrupção de gravidez que não configura crime de aborto, a par das duas já previstas no Código Penal Brasileiro.

A questão é, sem dúvida, complexa. Cabe dizer que, no caso, o Supremo Tribunal Federal foi ativista? Com efeito, o resultado do julgamento levou à criação de mais uma hipótese autorizativa do aborto, além das duas já previstas pelo Código Penal Brasileiro. Mas, essa construção decorreu de uma interpretação do direito à vida no texto constitucional que não foge ao espectro interpretativo regular no Direito Brasileiro.

Com efeito, o Supremo, no julgamento, nada mais fez do que partir da interpretação de que só há aborto se houver vida, uma vez que o crime de aborto, em última análise, protege o direito à vida do nascituro. Em relação ao direito constitucional à vida é que o Supremo exercitou a interpretação constitucional, partindo do conceito médico de que o feto anencéfalo não é vida, pois não tem viabilidade de se desenvolverfora do útero[26].

O mesmo Supremo Tribunal Federal, poucos anos antes, já sedimentara que o direito à vida deve necessariamente envolver a viabilidade de vida encefálica, no julgamento da ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008 (STF, 2008), que impugnava o art. 5.o da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Naquele julgamento, o Supremo pavimentara o caminho para o futuro julgamento da ADPF 54, adotando expressamente a ideia já contidana Lei 9.434/1997 (que dispõe sobre a remoção de órgãos) de que vida é a vida encefálica.

Pode-se discordar dessa interpretação, mas não se pode dizer que adotá-la, como fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54 em comento, equivale a legislar; ou que o Supremo construiu um conceito de direito à vida para o caso concreto, utilizando-se de uma construção argumentativa *ad hoc*, ou mesmo que inovou na ordem jurídica de uma forma a quebrar a linha interpretativa já estabelecida no ordenamento pela legislação infraconstitucional e pelo próprio Supremo Tribunal em julgamento anterior.

12.3. O caso das Uniões Homoafetivas (ADI 4.277 e da ADPF 132)

[26]Para uma análise do direito à vida, cf. SARLET, 2014.

No caso das uniões homoafetivas, como se verá, o Supremo Tribunal reinterpretou os significados dos conceitos de homem e mulher para reconhecer as uniões de pessoas do mesmo sexo, no julgamento da ADI n.º 4.277 e da ADPF n.º 132, da relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, com julgamento em 5/5/2011. No julgamento dessas ações, o Supremo Tribunal fez a interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil, de sorte a entender pela mutação constitucional do artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal, para reconhecer a pessoas do mesmo sexo o regramento infraconstitucional da união estável (no caso em julgamento, união homoafetiva).

As ações foram reunidas em julgamento único. A ADI n.º 4277 foi proposta pelo Procurador Geral da República e a ADPF n.º 132,pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro teve, em suma, por fundamentação, o descumprimento que resulta:

> I – da interpretacão que se tem conferido aos incisos II e V do art. 191 e aos incisos I a X do art. 332, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretacão implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferencia ou concreta orientacão homossexual;
>
> II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como "heterossexual".

Nessa linha, o autor da ADPF afirmou que têm sido violados os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no *caput* do art. 5.º), da liberdade (inciso II do art. 5.º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1.º).

A ADI n.º 4.277 foi redistribuída ao relator da ADPF n.º 132, uma vez que se trata do mesmo tema central. O relator julgou ambas, por entender "encampados pela ADI n.º 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de no 132-DF)".Assim, conheceu da **ADPF n.º 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto consistia em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da "interpretação conforme à Constituição".**

O acórdão restou assim ementado:

EMENTA: 1. ARGUICÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGENCIA DE OBJETOS ENTRE ACÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampacão dos fundamentos da ADPF no 132-RJ pela ADI no 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretacão conforme à Constituicão" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condicões da acão.

2. PROIBICÃO DE DISCRIMINACÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GENERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTACÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBICÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposicão constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualaco jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3o da Constituicão Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silencio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferencia sexual como direta emanacão do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciencia do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibicão do preconceito para a proclamacão do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETACÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial protecão do Estado. Enfase constitucional à instituicão da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de

núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituicão de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formacão a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebracão civil ou liturgia religiosa. Família como instituicão privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relacão tricotomica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concrecão dos direitos fundamentais que a própria Constituicão designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5o). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formacão de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretacão não-reducionista do conceito de família como instituicão que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanco da Constituicão Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direcão do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competencia do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerencia, o que passa pela eliminacão de preconceito quanto à orientaco sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMACÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTECÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GENERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referencia constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3o do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relacões jurídicas horizontais ou sem hierarquia no ambito das sociedades domésticas. Reforco normativo a um mais eficiente combate à renitencia patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituicão para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeca do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistencia de hierarquia ou diferenca de qualidade jurídica entre as duas formas de constituicão de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinonimo perfeito de família. A Constituicão não interdita a formacão de família por pessoas do mesmo sexo. Consagracão do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de protecão de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistencia do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparacão jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2o do art. 5o da Constituicão Federal, a evidenciar que ou-

> tros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituicão, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituicão não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".
>
> 5. DIVERGENCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTACÃO DO ACÓRDÃO. Anotacao de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformacão legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituicão.
>
> 6. INTERPRETACÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUICÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETACÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDENCIA DAS ACÕES. Ante a possibilidade de interpretacão em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilizacão da técnica de "interpretacão conforme à Constituicão". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeca o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequencias da união estável heteroafetiva.

De início, o relator já deixa claras as conclusões de seu voto, registrando expressamente que "merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes em ambas as ações:

> E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as acões. Pedido de "interpretacao conforme à Constituicão" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituicão, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituicão de uma família.**

Passa a tecer uma argumentação para demonstrar que o termo e a ideia de "homoafetividade", utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parcei-

ros do mesmo sexo, não são antigos na sociedade brasileira.Na sua argumentação, fica claro que a linha é demonstrar que a distinção de sexos, na forma anátomo-fisiológica como vinha sendo interpretada, perdeu sentido na modernidade, como se verifica da passagem abaixo:

> Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituicão Federal emprega o vocábulo "sexo" é no inciso IV do seu art. 3.º**. O artigo, versante sobre os "objetivos fundamentais" da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra "sexo" para emprestar a ela o nítido significado de **conformacão anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas tres outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5.º, inciso XXX do art. 7.º e inciso II do § 7.º do art. 201).

> Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposicão constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualacão jurídica**. **É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3.º) é a explícita vedacão de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se le no inciso em foco).**

Entendendo-se o sexo como o todo composto pelo indivíduo e seu aparato sexual, não cabe discriminar nessa base:

> Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituicão de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcancar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociacão entre o órgão e a pessoa natural em que sediado.** Pelo que proibir a discriminacão em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1o da nossa Constituicão Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de protecão constitucional que faz da livre disposicão da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autentico bem de personalidade**.

Em suma, em seu voto o relator ressalta que a Constituicão do Brasil expressamente veda o preconceito em razão do sexo ou da natural diferenca entre a mulher e o homem. Essa distinção em razão do sexo não se presta como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, uma vez que pertencer ao sexo masculino ou sexo feminino é um fato decorrente do acaso.Assim, **"é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em funcão da respectiva preferencia sexual"** (g.n.).

Por fim, julgou no seguinte sentido:

> 50. Dando por suficiente a presente análise da Constituicão, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF n.º 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheco como acão direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas acões em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretacão conforme à Constituicão para dele excluir qualquer significado que impeca o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinonimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequencias da união estável heteroafetiva. É como voto.

Vê-se que, no julgamento analisado, o Supremo Tribunal Federal não apenas interpretou conceitos jurídicos seguindo um espectro já sedimentado ou anunciado no ordenamento nacional, como fez no julgamento da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Naquele julgamento, o Supremo interpretou o conceito de vida, para concluir que o feto anencéfalo não detém vida viável, convalidando entendimento já albergado na legislação infraconstitucional e pelo próprio Supremo no julgamento da ADI 3510, conforme demonstrado. Por essa razão, a interrupção da gravidez, em tais casos, não se configuraria crime de aborto. Portanto, como já afirmado, naquela ocasião não se pode dizer que o Supremo Tribunal foi ativista, mas, sim, que deu conteúdo plausível ao conceito de vida.

Já no caso das uniões homoafetivas, parece-nos que o raciocínio e a conclusão foram diferentes, uma vez que homem e mulher são conceitos definidos e largamente incontroversos, explicitamente tratados pela Constituição, em seu art. 226, § 3.º ("Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida **a união estável entre o homem e a mulher como entidade famili-**

ar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." g.n.) e pelo art. 1.723 do Código Civil.

No julgamento em tela, o Supremo entendeu que os conceitos de homem e mulher, ao menos para fins de união estável, se alteraram e que os conceitos já sedimentados em bases biológicas não poderiam subsistir. Assim, entendeu por conferir interpretaçãoconforme ao art. 1.723 do Código Civil para impedir qualquer interpretação que impeça a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, apesar da interpretação inovadora em relação aos conceitos de homem e mulher adotados pela legislação, aqui é importante se ter em conta que o ordenamento brasileiro já desde alguns anos vinha progressivamente reconhecendo direitos aos casais homoafetivos, o que indica que o Supremo Tribunal seguiu uma linha evolutiva e foi por ela constrangido, o que impede que se fale em ativismo no caso.

Com efeito, apenas para citar alguns poucos exemplos, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 148.897/MG (STJ, 1998), reconhecera a existência de direito a partilha de bens entre membros de casais homoafetivos[27].

No julgamento do Recurso Especial 395.904 (STJ, 2005), por sua vez, foi reconhecida a condição de dependente do parceiro homoafetivo perante o INSS para fins previdenciários. O RESP 395.904 foi julgado em sede de Ação Civil Pública ajuizada peranta a 3 Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre (ACP 2000.71.00.009347-0).

Por efeito de decisão proferida na ACP, o INSS editou a INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000 – DOU DE 08/06/2000, reconhecendo a condição de dependente do parceiro homoafetivo.

No julgamento do RESP 238.715 (STJ, 2006), a seu turno, o Tribunal reconheceu o direito de o parceiro homoafetivo ser beneficiário em plano de saúde privado.

No plano legislativo infraconstitucional, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em seu art. 5., incisos e parágrafo único, estabeleceu um importante marco em relação aos direitos de gênero ao sancionar a violência doméstica contra a mulher. O mencionado parágrafo

[27]Esse precedente foi seguido em diversos outros julgamentos, como nos RESP`s 323.370, 502.995 e 773.136.

único dispõe que "as relações sexuais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

No âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, houve uma importante sinalização no julgamento da ADI 3.300 (STF, 2006). Aquela ADI fora ajuizada para que o Supremo Tribunal prolatasse a inconstitucionalidade do art. 1. da Lei n. 9.278/96 e, assim, reconhecesse as uniões homoafetivas. Ocorre que aquele dispositivo legal foi supervenientemente revogado pelo art. 1.723 do Código Civil, razão por que a ADI foi extinta.

No entanto, o relator, em sua decisão extintiva, fez importante sinalização, em um prenúncio do futuro julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 13, ora analisadas e em cujo julgamento o Supremo Tribunal reconheceu as uniões homoafetivas, conferindo interpretação conforme justo ao art. 1.723 do Código Civil, que prejudicara o prosseguimento da ADI 3.300.

Com efeito, a relativamente extensa decisão do Relator Min. Celso de Mello extinguiu a ADI 3.300 em razão da questão processual apontada, mas não sem antes tecer argumentação no sentido do reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, como exemplifica o trecho:

> 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - como alargamento da compreensão do conceito de família dentro dasregras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcarlegalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. OPoder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais,que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam àsmodificações legislativas.

Como se vê, apesar de o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277 e da ADPF 13 ser aparentemente impactante e inovador, aqui também o ordenamento brasileiro já vinha progressivamente seguindo uma linha de reconhecimento de direitos a pessoas que mantêm uniões homoafetivas, como direitos sucessórios, patrimoniais e previdenciários. O Supremo Tribunal apenas seguiu a linha evolutiva do ordenamento brasileiro quanto ao tema e foi por ela constrangido[28].

Por essa razão, em nosso entendimento, o Supremo Tribunal Federal, também no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 13 não se comportou de forma ativista, uma vez que não

[28] Rica narrativa sobre a evolução dos direitos dos homossexuais no Direito Brasileiro e Internacional pode ser encontrada em MEDEIROS, 2007.

construiu uma argumentação *ad hoc*, valendo-se de uma discricionariedade inapropriada a julgamentos, com laivos de atividade tipicamente legislativa.

Ao contrário, o Supremo, no caso em análise, seguiu uma linha evolutiva já estabelecida durante anos no ordenamento brasileiro, para, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 13, culminar com a efetivação de normas constitucionais de amplo reconhecimento pelo Direito nacional.

CONCLUSÕES

Como se demonstrou ao longo do texto, esta tese tem por objetivo principal responder à pergunta: quais são os constrangimentos eficazes para o ativismo e a discricionariedade judicial?

Na tentativa de lograr êxito no seu intento, o trabalho começou por demonstrar os ambientes e as ideias que possibilitaram a ascenção do poder judiciário em um contexto mundial. Essa valorização do juiz é que permitiu, por sua vez, falar-se em judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial.

Esse ambiente e essas ideias, na linha de raciocínio adotada pelo texto, envolvem a formação do Estado Constitucional, bem como passagem das ideias positivistas ao Pós-Positivismo e o conjunto de concepções albergadas pelo manto fugidio do Neoconstitucionalismo. Essa passagem ensejou um poder judiciário dotado de um maior poder interpretativo – no que concerne especialmente à jurisdição constitucional –, em que o momento da decisão é uma verdadeira construção de uma norma jurídica judicialmente produzida.

Essas primeiras reflexões objetivam demonstrar como a valorização do poder judiciário em diversos sistemas do mundo teve, por um lado, o efeito positivo de possibilitar a construção do conteúdo, na prática, dos direitos fundamentais enunciados nas constituições, bemcomo a sua efetivação; de outro, teve o efeito colateral de possibilitar ao judiciário o exercício de uma discricionariedade excessiva, configurando-se, na prática, uma atividade quase legislativa. A justiça constitucional é acometida, então, de um paradoxo, pois se, de um lado, goza de ampla aceitação quanto a seus fundamentos, de outro, sofre questionamentos acesos acerca da usurpação das funções das instâncias democráticas (TAVARES, 2010, p. 11).

Esse ambiente – nunca é demais repisar – possibilitou falar-se em judicialização da política, em ativismo e em discricionariedade por parte dos juízes. Após demonstrar essa relação, a tese se lança na ousada empreitada de construir o significado desses fugidios e controvertidos conceitos para, em seguida, enfrentar o tema da discricionariedade pouco constrangida a configurar o que se tem denominado conflito contramajoritário, ou seja, o excesso de

jurisdição constitucional e o consequente e indesejável desprestígio aos poderes representativos das maiorias.

Esse desprestígio dos poderes majoritáriospode assumir grausmais profundos em um momento histórico em que os princípios foram alçados quase que a uma condição de panaceia e os valores parecem assumir uma função de primazia na fundamentação de diversas decisões.

A ampliação interpretativa e o crescimento do papel do Poder Judiciário no Brasil e em diversos outros países, como é o caso dos Estados Unidos da América e da República Francesa, do Estado de Israel, da Colômbia, do Chile, do Canadá, do Japão, entre diversos outros, têm levado a uma postura, ao menos no campo teórico e acadêmico, de preocupaçãocom os limitesao exercício da jurisdição constitucional.

O que este trabalho buscoufoi refletir em que medida e por que meios seria possível equilibrar o saudável exercício do controle de constitucionalidade – necessário, em nosso entender, ao bom funcionamento das democracias –com a deferência às deliberações dos poderes majoritários – que, apesar da deturpação prática de seu papel ainda são, entre os poderes do Estado, aqueles que de forma mais abrangente podem representar os interesses coexistentes em uma sociedade hipercomplexa.

Seguindo o fio de raciocínio buscado, exsurge, então, o coração do trabalho, em que o desafio que se apresenta é demonstrar que: a) os constrangimentos apriorísticos, no campo da hermenêutica e das teorias sobre a norma não são, como pretende uma grande parte da literatura constitucional, suficientes para conter o ativismo e a discricionariedade exacerbada; e b) demonstrar que são mais eficazes os constrangimentos não linguísticos, também denominados de constrangimentos práticos, como o respeito aos precedentes, a interpretação evolutiva (Incrementalismo) da constituição, e a estrutura do poder judiciário e o ambiente de escrutínio permanente das decisões judiciais, em especial daquelas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Em sua parte final, a tese correlaciona as ideias construídas ao longo do texto com decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, o trabalho faz um panorama em ordem a demonstrar que o Supremo Tribunal, até a década de 1990 contido e formalista, passou, a partir do ano 2000, a ter um papel mais efetivo e criativo na construção do conteúdo dos direitos fundamentais enunciados na Constituição de 1988.

Seguindo essa senda, são analisados com detalhes, na sequência, três julgamentos importantes dessa fase de protagonismo do Supremo Tribunal Federal na construção do conteúdo da Constituição, a demonstrar como essa Corte, apesar de reputada por muitos como um tribunal ativista, na verdade foi, nesses julgamentos, fortemente constrangido por precedentes e pela interpretação evolutiva da Constituição.

A tese aponta um caminho, portanto, no sentido de que se não é de se negar a importância dos constrangimentos linguísticos e hermenêuticos aos excessos da jurisdição constitucional, deve-se,outrossim,reconhecer que esses constrangimentos não são suficientes, pois que textos e palavras podem ser manipulados (e o são) facilmente pelo operador do direito. Mais eficazes– e esse é norte para o qual a tese tenta apontar – se mostram os constrangimentos práticos, como o respeito aos precedentes, a interpretação evolutiva, a estrutura do poder judiciário, a transparência e um ambiente de escrutínio constante por uma mídia especializada e por instituições capacitadas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo. Editora Noeses. 2011.

ALBERT, Richard. The Cult of Constitucionalism. *Florida State University Law Review*, v. 39, number 3, 2012.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Baden-Baden, 1994.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Livraria do Advogado Editora, 2008, Porto Alegre (trad. Luís Afonso Heck).

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa.*Jurisdição Constitucional e Federação. O princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Eslevier, 2009, Rio de Janeiro.

_____. *A contrução jurisdicional da pauta dos direitos fundamentais no Brasil*. *In:* ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais*. Arraes Editores. Belo Horizonte, 2015, pp. 253-270.

ARISTOTLE. *Rhetoric*. USA, ReadaClassic, 2010. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

ÁVILA, Humberto B. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. *In*: MEDEIROS, Antônio Paulo Campos (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS: O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século. Edição Comemorativa do Cinquentenário (1947-1997). EDIPUCRS, Porto Alegre, 1997.

_____. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros, São Paulo, 2013.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. *Precedentes no novo CPC: é possível uma decisão correta?* Disponível em http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/. Acesso em 13 de julho de 2015.

BALLWEG, Ottmar. Do original "Rhetorik und Vertrauen", in: ***Kritik und Vertrauen – Festschift für Peter Schneider zum 70, Geburtstag.*** Frankfurt a. M., Anton Hain Verlag, 1990, p. 34-#. Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.

BARAK, Aharon. A judge on Judging. The Role of a Supreme Court in a Democracy, in <<Harvard Law Review>>, 2002, pp. 97 ss.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, v 5. Saraiva, São Paulo, 1933.

BARNES, Jeb; BURKE, Thomas F.*How Policy Shapes Politics. Rights, courts, litigation and the Struggle Over Injury Compensation*.Oxford University Press. New York. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas,* Rio de Janeiro, Renovar, 1990.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In*: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, n. 11, out/dez 2005, Editora Fórum, Rio de Janeiro, pp. 22-65.

BATISTA Jr., Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o Monopólio da Hermenêutica Constitucional no Brasil – A Interpretação como Ato de Poder*. Juruá, Curitiba, 2011.

BERGER, Eric. In Search of a Theory of Deference: The Eigth Amendment, Democratic Pedigree, and Constitutional Decision Making. Washington University Law Review, v. 88, n. 1, 2010.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*.The Bobbs-Merrill Company, Inc. New York. 1962.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 2007. São Paulo.

BORK, Robert. *The Tempting of America. The Political Seduction of The Law*. Touchstone. New York. 1997

BRENNAN Jr., William J. *The Constitution of The United States: Contemporary Ractifications*. Disponível em http://books.google.com.br/books?id=-RGbES-CXiIMC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=the+constitution+of+the+united+states+contemporary+ratifica-

tion+william+j+brennan&source=bl&ots=HtPsQz1yd_&sig=wEfzsgusZb2ZTwTLFoUKFhfliрg&hl=pt-BR&sa=X&ei=hxS8U97ADfPTsATj0oBw&ved=0CC8Q6AEwAg#v=onepage&q=the%20constituti-on%20of%20the%20united%20states%20contemporary%20ratification%20william%20j%20brennan&f=false. Acesso em 09.07.2014.

BREYER, Stephen. *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*. Alfred A. Knopf. New York. 2015.

CALABRESI, Steven G.; LINDGREN, James. Term limits for the Supreme Court: Life tenure reconsidered. 29 Harvard Journal of Law and Public Policy 769. Summer 2006.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, ano 1, n. 6, pp. 1-44, Vitória/ES, 2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Forense. Rio de Janeiro. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ª ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CARDOZO, Benjamin Nathan. The Nature of the Judicial Process. Disponível em http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNatI.html. Acesso em 08 de abril de 2014.

CARRILLO, Marc. *Tribunales Constitucionales, Jueces e Forma de Gobierno*. *In:* ROMBOLI, Roberto; LABANCA, Marcelo. *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais*. Arraes Editores. Belo Horizonte, 2015, pp. 239-251.

CASTRO JR., Torquato. *Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita. Como se é fiel à vontade da lei? In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (organizadores). Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à Teoria do Direito. 1.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

CHOPER, Jesse H. Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico. *Isonomía: Revista de Teoria e Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 16, abril 2002, p. 90-112.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo Judicial. Proposta para uma discussão conceitual*. *In*: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 49, n. 193, jan/mar 2012, pp. 141-149.

COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America. Cambridge University Press, 2010, NY.

COX, Archibald. The Role of the Supreme Court: Judicial Activism os Self-Restraint? *Maryland Law Review*, v. 47, p. 118 ss., 1980

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na vida dos povos. Da Idade Média ao século XXI. São Paulo, Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. ***Constituição Federal. Teoria e Prática***. Rio de Janeiro. Renovar. 1994.a.

_____. *Mandado de injunção. Guia teórico e prático*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.b.

_____. *O valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. 2.ª ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Método, 2001.

_____. *Constituição e Processo*. 2.ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Novo Direito Constitucional Comparado.Introdução. Teoria e metodologia*. 3.ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Novo processo constitucional brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2011.b.

DEWEY, John. *Experience and Education*. Disponível em <http://www.schoolofeducators.com/wp-content/uploads/2011/12/EXPERIENCE-EDUCATION-JOHN-DEWEY.pdf>. Acesso em 19.07.2014.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge/Massachussets, 1977/78.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, Cambridge, 2002.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. *The Role of Constitutional Courts in the Stablishment and Maintenance of Democratic Systems of Government*. Law and Society Review, n. 35, Rev. 117, 2001.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. Análise de acórdão em que se discute a possibilidade de conduta ativista do juiz, em matéria de pedido. *In*: *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 239-249, abr./jun. 2011.

FARBER, Daniel. The inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law. Vanderbilt Law Review, v. 45, p. 533, 1992.

_____; SHERRY, Suzanna. *JUDGMENT CALLS: POLITICS AND PRINCIPLE IN CONSTITUTIONAL LAW* (Oxford University Press 2008) (with S. Sherry)

FISS, Owen. *Objectivity and Interpretation*. Stanford Law Review, v. 34, p. 739-745, 1982.

FOLHA DE SÃO PAULO. Três empresas bancam 65% da arrecadação de presidenciáveis. Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/179532-tres-empresas-bancam-65-da-arrecadacao-de-presidenciaveis.shtml. Acesso em 08/08/2014.

FRIEDMAN, Barry. *The Birth of An Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part One: The Road to Judicial Supremacy. New York University Law Review, May 1998, n. 73, p. 333.

FRÜHLING, Hugo. *Law in Society: Social Transformation and the Crisis of Law in Chile, 1830-1970*. Ph. D. Dissertation. Harvard University School of Law, 1984.

FRIEDMAN, Barry. *The Birth of An Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part Five: The Road to Judicial Supremacy. Yale Law Journal, November 2002, n. 112, p. 153.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, 2003.

GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. 58, Emory Law Journal, p. 1195 e ss., 2009.

GROFMAN, Bernard; KLINE, Reuben. A new measure for understanding the tenure of U.S. Supreme Court Justices, 1789-2009. A simple but elegant mathematical model of tenure on the Court indicates that length of service on the contemporary Court has changed relatively little from the past. 93 Judicature 247. May-June 2010.

GUERRERO, Lázaro Carrillo. Retórica: *La efectividad comunicativa*. Revista Rhêtorikê, *n.* 2, pp. 39-66, abril de 2009.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers n. 78*. 1788.

Hendel, William. *Is the United States Constitution Too Difficult to Amend?* Int'l J. Const. L. Blog, Feb. 20, 2015, at: http://www.iconnectblog.com/2015/01/is-the-united-states-constitution-too-difficult-to-amend. Acesso em 1 de março de 2015.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editora - safE, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HILBINK, Lisa. *Beyond manycheanism: assessing the New Constitutionalism*. 65 Maryland Law Review, p. 15 e ss. 2006

HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Disponível em http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm. Acesso em 13 de maio de 2014.

JIMÉNEZ, Hugo Vinicius Castro. *A nova interpretação constitucional e o poder de revigorar a constituição. Uma nova exegese construindo novos paradigmas*. *In*: Revista da Esmape, vol. 19, n. 40, pp. 159-169, jul/dez 2014.

KARST, Kenneth L., and KEITH S. Rosenn. *Law and Development in Latin America*. Berkeley: University of California Press, 1975.

KMIEC, Keenan. *The origin and current meaning of "judicial activism"*. Disponível em http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm. Acesso em 08.07.2014.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.

KAPISZEWSKI, Diana. *How Courts Work: Institutions, Culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In*: COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America. Cambridge University Press, 2010, NY.

_____; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. *Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective*. Cambridge University Press. 2013.

KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. Die Justiz, 6, 1930/31, p. 576/628.

_____. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 2010.

KIERULF, Anine. *Human Rights and Judicial Review Constitutionalized*. Disponível em http://www.iconnectblog.com/2015/06/norway-human-rights-and-judicial-review-constitutionalized/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+I-CONnect+%28I-CONnect+Blog%29. Acesso em 19 de junho de 2015.

KRAMER, L. D. *Judicial supremacy and the End of Judicial Restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, p. 621-634, 2012.

KUBOTA, Flávio Hiroshi. *Normas de competência constitucional – Limites à atuação do juiz constitucional*. *In*: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 6, n. 22, p. 393-429, abr/jun 2012, Belo Horizonte.

LANGFORD, Malcolm. *Why Judicial Review?*. *In:* Oslo Law Review, 2015, Issue 1, pg. 36-85. Disponível em http://dx.doi.org/10.5617/oslaw2351. Acesso em 28 de agosto de 2015.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica. Das origens a Kant*. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

LEITE, Glauco Salomão. *Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal*: uma proposta de delimitação do debate.

LIN, Chien-Chih. *Majoritarian Judicial Review*. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2523506. Acesso em 20 de novembro de 2014.

LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. *University of Cincinnati Law Review*, n. 77, p. 181.

LOVELL, George I.; LEMIEUX, Scott E. *Assessing juristocracy: are judges rulers or agentes?*.65, Maryland Law Review, p. 100 e ss.**,** 2006

LUQUE, Luís Aguiar de. *Modelos comparados de gobierno judicial*. *In:* ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais*. Arraes Editores. Belo Horizonte, 2015, pp. 160-175.

MALFATTI, Elena. *O controle sobre a lei*. *In*: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs.). Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2015, pp. 176-200.

MARRAFON, Marco Aurélio. Atuação do Judiciário nas políticas públicas depende da concepção de Estado. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-31/constituicao-poder-atuacao-judiciario-politicas-publicas-depende-concepcao-estado. Acesso em 3 de setembro de 2015.

MEDEIROS, Jorge Lui Ribeiro de. *Estado Democrático de Direito, Igualdade e Inclusão: A Constitucionalidade do Casamento Homossexual*. Disponível em http://repositorio.unb.br/handle/10482/2706. Acesso em 13 de janeiro de 2016.

MONTESQUIEU, Carles de Secondat de. *De l'esprit des lois*. Disponível em http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf. Acesso em 07 de agosto de 2014.

MORAIS, Dalton Santos. *A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais*. *In*: Revista Brasileira de Direito Público-RBDP, ano 9, n. 32, janeiro/março 2011, Editora Fórum, pp. 163-207.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais* como diferença paradoxal e do sistema jurídico. Martins Fontes, São Paulo, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Ativismo judicial: possibilidade e limites*. *In*: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, pp. 92-117, Dialética, Belo Horizonte.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos.* Almedina, Coimbra, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF*. Disponível em http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/Pages%20from%20CONSTITUCIONALISMO%20E%20DEMOCRACIA.pdf. Acesso em 14 de julho de 2015.

NOWLIN, Jack Wade. *Conceptualizing the dangers of the "least dangerous branch": a typology of judicial constitutional violation.*39 Connecticut Law Review, p. 1211 e ss. February, 2007

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Expressão Pós-Positivismo necessita passar por uma limpeza semântica*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica. Acesso em 12 de agosto de 2014.

OLIVER, Philip D. *Assessing and addressing the problems caused by life tenure on the Supreme Court*. 13 J. App. Prac. & Process 11. Journal of Appellate Practice and Process. Spring 2012.

PANIZZA, Saulle. A legitimação das cortes. Entre modelos de justiça constitucional e critérios de composição, organização e funcionamento. *In:* ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais*. Arraes Editores. Belo Horizonte, 2015, pp. 61-73.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *?Se Puede Hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Como Corriente Doctrinal Sistematizada?*. Disponível em http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf. Acesso em 25/03/2015.

POSNER, Richard A. *The meaning of judicial Self-Restraint*. Indiana Law Journal, v. 59, n. 1, 1983.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos. In:* ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais*. Arraes Editores. Belo Horizonte, 2015, pp. 138-159.

_____. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1993.

_____. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, p. 519-556, 2012.

POWELL Jr., Lewis F. *Stare decisis and judicial restraint*. *In*: Wash and Lee Law Review, n. 47, p. 289-290, 1990.

QUEIROZ, CRISTINA. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora. 2000.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; e HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Hans Kelsen. Filosofia jurídica e democracia*. *In*: Revista de Informação Legislativa, n.º 205, Brasília, jan-mar/2015, pp. 235-260.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz. *Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um Paralelo com o Recente Ativismo Judicial da Suprema Corte Brasileira*. *In*: Revista de Informação Legislativa, n. 204, Brasília, out/dez 2014, pp. 25-42.

RÊGO, George Browne. *O Pragmatismo como Alternativa à Legalidade Positivista: o Método Jurídico-Pragmático de Benjamin Nathan Cardozo*. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. Princípio da Legalidade. Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 55-78.

ROMBOLI, Roberto. *A função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional*. *In*: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs.). Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2015.

ROSA, André Vicente Pires. *A difícil relação entre as cláusulas pétreas e a democracia*. *In*: Direito Constitucional. Os desafios contemporâneos. Homenagem ao Professor Ivo Dantas. Editora Juruá. Curitiba, 2012, pp. 55-69.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* The University of Chicago Press. Chicago and London. Second Edition. 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *As exigências de uma concepção jurídica baseada em princípios*. *In*: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 5, n. 20, outubro/dezembro 2011, Editora Fórum, Rio de Janeiro, pp. 311-329.

ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. Montchrestien, Paris, 2010.

SARLET, Ingo W. *The Brazilian Supreme Court and the Right to Life. Commentaries to the Court`s Decision on ADPF 54, Regarding Pregnancy Interruption in Cases of Fetal Anencephaly*. University of Brasília Law Journal, V. 01/02, jul/dec 2014, pp. 178-193.

SCALIA, Antonin. Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law. *Duke Law* Journal, June 1989, p. 511-521.

_____. *The Rule of Law as a Law of Rules*. U. Chi. Law Review, n. 56, 1989.b, pp. 1175-1187.

_____. *A matter of interpretation. Federal courts and the law*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 1998.

SCHEPPELE, K. L. *The new judicial deference*. University Law Review, Boston, v. 92, n. 1, p. 89-170.

STF - PLENO, MI-QO 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 23.11.1989.a, DJ 21.09.1990

STF - PLENO, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, j. 02.08.1991.a, DJ 27.03.1992.

STF – PLENO, MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p acórdão, Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, DJ 31.10.2008.

STF - PLENO, ADI 1.096/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.03.1995, DJ 22.09.1995.

STF - PLENO, ADI 34/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 05.04.1989.b, DJ 28.04.1989.

STF - PLENO, ADI 1.037/SC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.06.1998, DJ 07.08.1998.

STF - PLENO, ADI 17/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.03.1991.b, DJ 24.05.1991

STF – PLENO, ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.12.1989.c, DJ 19.09.1997.

STF – PLENO, MS 23.642-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 29.11.2000, DJ 11.12.2000.

STF – DEC. MON., ADI 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2006, DJ 09.02.2006.

STF – PLENO, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.05.2008, DJ 29.05.2010.

STF – PLENO, ADI 4277/ADPF 132, j. 05/05/2011, DJ 14.10.2011.

STF – PLENO, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.04.2012,DJ 30.04.2013

STF – ADPF MC 347, Rel. Min. Marco Aurélio, medida cautelar deferida.

STJ – QUARTA TURMA, RESP 148.897, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.1998, DJ 06.04.1998.

STJ – SEXTA TURMA, RESP 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13.12.2005, DJ 06.02.2006.

STJ –TERCEIRA TURMA, RESP 238715, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.03.2006, DJ 02.10.2006.

STRAS, David R.; Ryan W. An empirical analysis of life tenure: response to Professors Calabresi & Lindgren. 30 Harvard Journal of Law & Public Policy 791. Summer, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Reflexión Hermenéutica sobre la Relación "Neoconstitucionalismo-Positivismo Jurídico"*. *In*: POZZOLO, Susanna (coord.). Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos. Palestra Editores, Lima, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes.Why Extreme Right Wing Courts Are Wrong For America*. Cambridge, Basic Books, 2005.

SCHLIEFFEN, Katharina. Wie Juristen begründen. Entwurf eines rhetorischen Argumentationsmodells für die Rechtswissenchaft. Juristen Zeitung. 366. Jahrgang. 4. Februar 2011. Seiten 109-116. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

SHAPIRO, Martin. Law and politics in the Supreme Court: New approaches to political jurisprudence. Free Press of Glencoe, 1964.

_____. *The Mighty Problem Continues*. *In*: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective. Cambridge University Press. 2013. New York.

_____. Judicial Independence: New Challenges in Established Nations. *In: Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 20, 2013, pp. 253 ss.

SOBOTA, Katharina. *Don't mention the norm!* International Journal for the Semiotics of Law IV/10 (1991). Tradução de João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.

STRECK, Lenio Luiz. Consenso e verdade. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Saraiva, São Paulo. 2012.

_____. *O ativismo, o justo, o legal e a Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemico-repetitivo. Acesso em 01 de agosto de 2014.

TALMADGE, Philip A. Understanding the Limits of Power: Judicial Restraint in General Jurisdiction Court Systems. 22 Seattle U. L. Rev. 695 Seattle University Law Review Winter, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Minorias e Justiça Constitucional*. *In*: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 4, n. 13, p. 11-30, jan/mar 2010, Belo Horizonte.

TAYLOR, Matthew M. Courts, Policy Contestation, and the Legitimation of Economic Reform under Cardozo, pp. 205-36. *In: Statecraft and Monetary Authority: Democracy and Financial order in Brazil*, Lourdes Sola and Laurence Editors. Oxford: Centre for Brazilian Studies. 2006.

_____. *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. 2008. Stanford University Press. Stanford, California.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Pluralismo político e jurisdição constitucional: o procedimentalismo democrático como alternativa hermenêutica para a superação da dicotomia Liberalismo versus Republicanismo – uma síntese*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira (Coord.). Constituição e Constitucionalismo. Juruá, Curitiba, 2010, p. 47-93.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 189-213, out./dez. 2010.b.

THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law*. Disponível em

http://lcweb2.loc.gov/service/gdc/scd0001/2007/20078131004or/20078131004or.pdf. Acesso em 08.07.2014.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la Démocratie em Amérique*, II Partie. Disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_t1_2.pdf . Acesso em 30 de julho de 2014.

TREMPS, Pablo Pérez. *El Recurso Directo (El "Recurso de Amparo").In:* ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (orgs). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais*. Arraes Editores. Belo Horizonte, 2015, pp. 125-137.

TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the Courts. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 1999.

UEDING, Gert. *Klassische Rhetorik*. Verlag C. H. Beck. Deutschland. 5. Auflage. 2001. Tradução de Luiz Henrique Diniz Araujo.

UNITED STATES SUPREME COURT. 198 U.S. (1905). HOLMES dissenting. Disponível em http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=198&invol=45. Acesso em 08.07.2014.

VALLE, Vanessa Regina Lírio (Org.); SILVA, Alexandre Garrido da; BRASIL, Deilton Ribeiro; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Marcus Firmino Santiago da; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Juruá Editora. Curitiba. 2012.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *Juízes deferentes?In*: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 6, n. 22, p. 489-525, abr/jun 2012, Belo Horizonte.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2008, pp. 441-464.

WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory*. New York, Oxford University Press, 2012.

WILSON, Bruce M. Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court. *In: The Judicialization of Politics in Latin America* pp. 47-65. Rachel Sieder, Line Schjolden, and Alan Angell Editors. New York, Palgrave. 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Einaudi. Torino. 1992.

_____; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Il Mulino Strumenti. Bologna. 2012.