

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

MARCO ANTÔNIO MOREIRA DA COSTA

**NOVOS INSTRUMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL:
JURISPRUDÊNCIA CRUZADA, ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL E COMPROMISSO SIGNIFICATIVO**

Doutorado em Direito

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Marco Antônio Moreira da Costa

**NOVOS INSTRUMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL:
JURISPRUDÊNCIA CRUZADA, ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL E COMPROMISSO SIGNIFICATIVO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na Área de Concentração de Efetividade do Direito, Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. André Ramos Tavares.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

**Ao meu avô Germano Vilhena de Andrade (*in*
memorian)**

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho compreende, sem dúvida, uma realização de várias pessoas. Esses diferentes grupos (família, amigos e colegas) foram determinantes para a consecução desta empreitada.

Gostaria de dirigir meu primeiro agradecimento ao ilustre Professor André Ramos Tavares, a quem sou grato pelos ensinamentos, pela abertura ao diálogo e atenciosa orientação, que contribuiu sobremaneira para o meu amadurecimento acadêmico e pessoal. Vale ressaltar que todas as qualidades deste trabalho devem ser atribuídas à excelente orientação obtida, ao passo em que quaisquer equívocos ou erros são de inteira responsabilidade do autor.

Agradeço imensamente Ricardo Camarotta Abdo e Victor Menon Nosé, dois grandes amigos de profissão que tiveram muita paciência com as minhas ausências, assim como a Roberto Timoner pelo auxílio no início desta jornada.

Aos professores Fábio Suardi D'elia, Mariana Baeta Neves Matsushita, Lays Helena Paes e Silva, João Batista Amorim de Vilhena Nunes e Omar Chamon, dos quais obtive conselhos inestimáveis e tive ainda a oportunidade de partilhar algumas ilações teóricas que foram essenciais ao desenvolvimento do presente trabalho: o meu muito obrigado!

Agradeço muito ao professor Joaquim Eduardo Pereira pelos *insights* críticos e aguçados sobre o trabalho.

Obrigado Isis Fernandes, por ser uma mulher forte e carinhosa, que sempre me apoiou.

E, claro, agradeço aos meus pais, Mônica e Marcos e ao meu irmão Rodrigo, que deram suporte durante toda minha trajetória pessoal, acadêmica e profissional, e sem os quais eu não existiria.

RESUMO

O trabalho procura fomentar, a partir de uma perspectiva fenomenológica o diálogo com várias obras que tratam do tema ativismo judicial. O ponto de partida é uma análise do constitucionalismo sob o prisma dos direitos sociais, com especial ênfase ao contexto histórico. Com isso, passa-se a analisar as diferentes correntes doutrinárias relativamente ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário em torno da concretização desses direitos, principalmente, as correntes procedimentalista e substancialista. O conceito de ativismo judicial é escrutinado dentro do escopo das correntes apresentadas, e após, são analisados casos concretos que refletem a incorporação de uma postura ativista pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. Assim, é enaltecida a importância da abertura do Poder Judiciário brasileiro à experiência jurisprudencial estrangeira, no que tange à implementação de direitos humanos fundamentais, com uma breve análise do que se compreende por ativismo judicial social na Índia, da criação do instituto "estado de coisas inconstitucional" pela Corte Constitucional colombiana e pela adoção do chamado "compromisso significativo" na Corte Constitucional da África do Sul. O trabalho indica os precedentes jurisprudenciais pátrios que abrem o caminho para uma relação dialógica e coordenada entre os Poderes, por meio da incorporação de um novo modelo decisório. E, por fim, analisa a legitimidade desta incipiente maneira de decidir, que reflete a continuidade da jurisdição constitucional, mesmo após a prolação da decisão.

Palavras-chave: Ativismo judicial; jurisdição constitucional; direitos fundamentais; democracia; diálogo constitucional.

ABSTRACT

The presente thesis tries to foment, from a phenomenological perspective, the dialogue with several works that deal with the subject of judicial activism. The starting point is an analysis of constitutionalism under the prism of social rights, with special emphasis on the historical context. Then, we proceed to analyze the different doctrinal currents regarding the role played by the Judiciary Branch around the concretization of these social rights, mainly the proceduralist and substantialist currents. The concept of judicial activism is scrutinized within the scope of the presented currents, and after, concrete cases are analyzed which reflect the incorporation of an activist position by the Federal Supreme Court of Brazil. Thus, the importance of opening the Brazilian Judiciary to foreign jurisprudential experience regarding the implementation of fundamental human rights, with a brief analysis of what is understood by social judicial activism in India, the creation of the institute " unconstitutional state of affairs" by the Colombian Constitutional Court and the adoption of the so-called "meaningful compromise" in the Constitutional Court of South Africa. The work indicates the jurisprudential precedents that open the way for a dialogical and coordinated relationship between the Branches, through the incorporation of a new decision-making model. And, finally, it analyzes the legitimacy of this incipient way of deciding, which reflects the continuity of the constitutional jurisdiction, even after the delivery of the decision.

Key-words: Judicial activism; constitutional jurisdiction; civil rights, democracy; constitutional dialogue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - CONSTITUCIONALISMO: A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO CONSTITUCIONAL	15
1. Constitucionalismo	15
1.1. Estado Liberal e legalidade	17
1.2. A evolução histórica da Constituição Social	20
1.2.1. A Constituição do México de 1917	21
1.2.2. A Constituição de Weimar de 1919	25
1.3. As Constituições brasileiras de 1824 a 1967	30
2. O Estado Social Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988	45
CAPÍTULO II - DIVERGÊNCIAS EM TORNO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	49
1. A jurisdição constitucional e a supremacia da Constituição	49
2. Regras e princípios	68
3. Procedimentalismo e substancialismo	80
CAPÍTULO III - O ATIVISMO JUDICIAL E SUA TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	87
1. Ativismo judicial	87
1.1. Conceitos e concepções sobre o ativismo	88
1.2. A política nos limites do jurídico	101
2. Casos paradigmáticos relacionados à implementação de direitos fundamentais (pelos vieses argumentativo e concreto)	116
2.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45: o reconhecimento da dimensão política da jurisdição constitucional para a concretização das liberdades positivas	117
2.2. O caso do direito à greve dos servidores públicos (Mandados de Injunção nº 670-ES, nº 708-DF e nº 712-PA)	119
2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132: o reconhecimento da união estável homoafetiva	123
CAPÍTULO IV - INSTRUMENTOS CONTEMPORÂNEOS DO ATIVISMO JUDICIAL	127
1. Pela utilização cruzada de jurisprudência constitucional não nacional para concretização de direitos humanos fundamentais	128
2. Litígios estruturais em matéria de direitos fundamentais sociais	150
2.1. O papel do ativismo judicial social na Índia	150
2.2. O "Estado de Coisas Inconstitucional" e a Corte Constitucional colombiana	155
2.3. Constitucionalismo Transformativo e o "Compromisso Significativo" da Corte Constitucional da África do Sul	159
3. Precedentes jurisprudenciais concretos do Poder Judiciário brasileiro	162
3.1. O Supremo Tribunal Federal reconhece o "Estado de Coisas Inconstitucional": o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347	162

3.2. O Judiciário Paulista e o litígio estrutural relacionado ao déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo: o julgamento da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002.

.....167

CAPÍTULO V - O SURGIMENTO DE UM NOVO MODELO DECISÓRIO DO JUIZ

CONSTITUCIONAL 174

1. A jurisdição não se encerra com a decisão.....174

2. O Poder Judiciário como fiscal da implementação dos efeitos decisórios.....184

3. Um modelo decisional dialógico e aberto (ao invés de unilateral e fechado) 198

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS 203

REFERÊNCIAS.....210

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial constitui-se em um fenômeno tão complexo quanto atual, o que explica a quantidade de pesquisas a seu respeito. Dificilmente se encontra, atualmente, algum tema de pesquisa, pelo menos os mais voltados para a preocupação com a questão da democracia e dos direitos fundamentais – o que perpassa, de algum modo, uma quantidade altíssima dos trabalhos acadêmicos, portanto – em que o ativismo judicial não mereça uma atenção especial ou, no mínimo, tangencie pontos fundamentais do trabalho.

Aqui não será diferente, já que esta simples constatação demonstra a importância e atualidade do tema. Entretanto, há várias possibilidades de se fazer esta abordagem, dependendo dos objetivos que se tenha em relação ao tema, ou ao próprio direito. Importante salientar, de antemão, que não há possibilidade, e, portanto, não é o escopo aqui, de se esgotar as discussões a respeito do ativismo judicial.

A maioria dos trabalhos encontrados sobre a questão do ativismo judicial tende a focar sobre sua relação com o Estado Democrático de Direito, tratando de perquirir o quão complementares ou díspares estes são. Assim, a partir da resposta a que se chega – a qual depende de se assumir algumas concepções fundamentais, como as de democracia e de Estado, por exemplo – em geral se reconhece o ativismo judicial como bom e necessário ao Estado Democrático de Direito ou que são inconciliáveis, representando o primeiro um risco e afronta ao segundo, devendo ser combatido. Sem falar nas inúmeras posições intermediárias entre estes dois opostos que podem se apresentar para dar conta do fenômeno.

Apesar de ser difícil qualquer análise sobre o tema que não culmine numa tomada de posição a respeito do ativismo judicial, o que sequer teria muito sentido ou interesse prático, é importantíssimo destacar que não há consenso a respeito do que quer dizer esta expressão. Não raro se percebe autores que defendem posicionamentos diversos, até mesmo opostos em relação ao ativismo judicial, mas interpretam esta expressão a partir de prismas muito distantes e, assim, concebem-na de modo muito diferente.

Levando isto em consideração, e munidos da honestidade que a pesquisa acadêmica requer, a proposta da presente tese é tentar uma melhor compreensão do que “é” o ativismo judicial, pautando a busca não por uma necessidade analítica de oferecer, ao final, um

conceito ou definição da expressão sob apreço, mas buscar-se-á explicitar, principalmente, o que está por trás do ativismo judicial.

Isto se deve ao fato de encararmos o ativismo como um fenômeno, e não como uma “coisa em si” ou mero instrumento jurídico que pode ser facilmente compreendido e manipulado pelos juristas. Enquanto fenômeno, deve-se reconhecer que o ativismo judicial é decorrente de outros fenômenos, que existem questões e problematizações históricas, sociais, políticas, econômicas e jurídicas, enfim, numa determinada condição de vida, que pode ser – com certa dificuldade – identificada no espaço e no tempo.

Deste modo, a preocupação inicial é tentar explicitar este conjunto de fatores a partir dos quais forja-se a expressão ativismo judicial. Isto é, pretende-se indicar desde quando e em que lugares se fala de ativismo judicial. Ou melhor, indicar em que condições e sob quais necessidades se desenvolveu tal acepção.

Para tanto, começamos com uma digressão histórica que se libera da necessidade de marcar datas ou eventos referenciais, pois o escopo não é tanto fazer a historiografia do ativismo judicial, mas poder identificar o que fomentou a necessidade de se falar nesta expressão para dar conta dos problemas que se colocavam no passado e se apresentam hoje. Isto é, percebe-se que, se uma expressão desta magnitude é criada, deve significar algo relevante.

Logo, mais importante que fazer um inventário de quando a expressão aparece pela primeira vez e assim por diante, é tentar compreender a época em que a discussão sobre ela se imiscui por todo um conjunto de países, inclusive o nosso. Compreender uma determinada época implica em fazer interpretações sobre a mesma, constituindo a análise histórica mais um aspecto da metodologia aqui empregada que mera descrição de fatos e acontecimentos.

Por ser de fácil percepção que o ativismo judicial – (pré)concebido apenas de modo precário e temporário como uma atuação mais proativa do Poder Judiciário em que este tende a se sobrepor ou destacar em relação aos demais poderes – é fenômeno tipicamente moderno e que possui estreito vínculo com o fenômeno do constitucionalismo, este será o toque de pedra a partir do qual o presente trabalho será construído.

Desta feita, iremos, no primeiro capítulo, tratar do fenômeno do constitucionalismo desde dois pontos principais. Primeiramente, sempre levando em consideração a complexidade do conceito e deste desdobrar-se em tantos quantos são os países que o adotam, é crucial uma aproximação histórica entre as bases comuns do fenômeno, especialmente como ele se deu na Europa, para marcar as diferenças nem tão sutis em relação a como o mesmo se desenvolveu em nosso país, destacando peculiaridades de grande importância, tanto de nossa cultura, quanto de nossa realidade.

No segundo capítulo o foco será uma análise do âmbito de discussão que vem se travando na doutrina acerca do ativismo judicial, procurando destacar os principais vieses que essas discussões têm tomado. Portanto, faz-se necessário aprofundar aqui a relação do ativismo judicial com a concretização da jurisdição constitucional, pautada pela ideia de força normativa da Constituição.

Para firmar ainda mais esta compreensão, vamos abordar sucintamente dois polos nos quais a concepção de constituição dirigente, isto é, com força normativa, obteve grande êxito, desembarcando primeiramente em discussões sobre a norma, a qual passa a ser diferenciada dicotomicamente entre regras e princípios. Ademais, outra discussão importante nesta seara é aquela que contrapõe correntes ou teorias procedimentalistas e substancialistas, a respeito de como se deve (pré)compreender e interpretar uma constituição.

Importante já assinalar, ainda quanto ao segundo capítulo, que a análise destas discussões se faz com o intuito de podermos vislumbrar uma compreensão melhor a respeito do que seja a jurisdição constitucional e, conseqüentemente, do ativismo judicial. E isto, especialmente, tentando articular os resultados encontrados com a realidade social do nosso país, evitando incorrer em abstrações e meros devaneios retóricos.

No terceiro capítulo o foco é mostrar como que o ativismo judicial se constitui numa tendência jurisprudencial em nosso país, mostrando a partir de três casos paradigmáticos como vem se comportando, a respeito do tema, o órgão responsável em última instância por nossa jurisdição constitucional, qual seja, o Supremo Tribunal Federal.

Para que esta demonstração mostre-se não apenas possível, mas com sentido e bem estruturada, se faz necessário, antes, retomar a noção precária de ativismo judicial citada acima, para aprofundar na inteligência do fenômeno, donde se espera mostrar, desde o diálogo

com algumas leituras importantes sobre ativismo judicial, que a questão fulcral deste é a relação entre política e direito.

Esta relação, apesar de se constituir no centro das preocupações do ativismo judicial, acaba muitas vezes por ser menosprezada. A fundamentalidade desta questão, buscar-se-á mostrar, é tamanha que a própria diferenciação entre a política e o jurídico, relativa a uma análise singular e condicionada pelas limitações deste, já pode ser considerada como uma decisão ativista. Ou melhor, é do que se concebe como sendo o limite – ou se há limites – entre a esfera política propriamente dita e a jurídica, que se poderá, posteriormente, avaliar uma postura como ativista ou não.

Ao destacar uma situação deveras complicada e às vezes até paradoxal entre o ativismo judicial e a (prévia) separação ou diferenciação entre política e direito, o presente trabalho deixa claro o seu vetor de racionalidade, estruturando em seu percurso a metodologia aplicada, de modo que se pode evidenciar uma construção digna de ser reconhecida como uma tese, pois consubstanciada em um modelo de apreensão do fenômeno que lhe permite uma leitura própria, sendo esta a fonte para a indicação de um modo original de se desenvolver aquilo que entendemos por ativismo judicial.

Esta é outra questão que fica patente e perpassa todo o trabalho, o fato de que, ao se buscar uma melhor compreensão sobre o que é o ativismo judicial, sempre já se antecipa uma ideia ou concepção para o que seja este fenômeno. É aí, aliás, que identificamos a maior falha das mais variadas tentativas doutrinárias de apreender de modo não superficial a questão: a falha de não (re)colocar a pergunta sobre aquilo que se pressupõe, aceitando as pressuposições como verdadeiras.

Neste sentido é que se desenvolve o quarto capítulo, intitulado “instrumentos contemporâneos do ativismo judicial”, ou seja, não se trata de buscar uma descrição exaustiva de quais são os instrumentos que compõem o ativismo judicial, uma vez tendo sido este já identificado e descrito.

Muito pelo contrário, é realizada a análise de alguns instrumentos que identificamos no âmbito das condições político-sociais em que se desenvolve a discussão a respeito do ativismo judicial, isto é, da atuação da jurisdição constitucional nos limites entre o político e o jurídico. Desta forma, muito menos que servir de exemplificação ou confirmação da noção de

ativismo a que chegamos no terceiro capítulo, a análise dos instrumentos serve para colocar em cheque o resultado alcançado, propiciando ainda uma maior possibilidade de se aprofundar o debate.

No quinto e último capítulo o escopo é mostrar como que o ativismo judicial não é simplesmente passível de escolha, como se cada juiz ou intérprete pudesse escolher ou não ser ativista. Propugnamos que o ativismo, enquanto que umbilicalmente ligado à questão da jurisdição constitucional, compõe com esta o locus privilegiado para o desenvolvimento democrático de como se organiza e se expressa o fenômeno político de um modo geral, em sociedades altamente complexas como a que vivemos, contribuindo para o surgimento de uma nova jurisdição constitucional, altamente politizada.

CAPÍTULO I - CONSTITUCIONALISMO: A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO CONSTITUCIONAL

1. Constitucionalismo

A grande divergência no que diz respeito ao modo correto de aplicação do direito e, especialmente, de concretização e efetivação da Constituição Federal decorre principalmente do que se compreende por direito e constituição e, conseqüentemente, por constitucionalismo.

Nesse sentido, como o trabalho aqui empreendido dedicar-se-á à apreciação crítica dos instrumentos jurídicos incorporados pelos tribunais, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, para implementar decisões que vêm sendo chamadas de ativistas, faz-se necessário, em sede preliminar, deixar claro alguns dos pressupostos assumidos e o contexto em que se vai desenvolver este diálogo.

Não é o intuito, portanto, assumir certa concepção do que é o constitucionalismo, em detrimento das demais, mas sim explicitar o pano de fundo de todo este debate. Assim, não se busca estabelecer um conceito próprio do que seja o constitucionalismo, mas apenas indicar o contexto histórico-social em que surge tal conceito e os principais questionamentos que fomentaram e ainda fomentam estudos e análises sobre esta matéria.

Quer-se deixar claro que o foco do trabalho é captar os problemas que perpassam as mais atuais discussões político-jurídicas. Inobstante, para que se possa, ao longo do texto, compreender os caminhos pelos quais enveredam os Tribunais, proceder-se-á a uma breve reconstrução histórica dos problemas atinentes às necessidades modernas de conformação e institucionalização do poder político, econômico e social, mostrando as continuidades e rupturas mais essenciais que defluíram do Estado moderno, em seu estágio atual.

Com isso, poderemos mostrar não somente as grandes questões, discussões e forças históricas que conformaram o que hoje chamamos de Estado (Social) Democrático de Direito no mundo, mas também como isto foi recepcionado em nosso país e, principalmente, as grandes diferenças que temos com a maioria dos países que influenciam diretamente nosso arcabouço constitucional-legislativo e nossa prática jurídica.

Como bem apontou Canotilho, não há apenas um constitucionalismo, mas vários “movimentos constitucionais com corações nacionais”. Com isso o autor mostra que apesar de haver várias raízes – as quais são compostas de peculiaridades temporais, geográficas e culturais – para o constitucionalismo, podemos entrever neste uma ideia comum¹. Tal ideia básica que anima tudo o que compreende o constitucionalismo, na linha de Nicolas Matteucci², é a necessidade sempre premente de limitação do poder e de seu exercício.

Aqui deve ficar claro outro ponto assumido. A questão fulcral é justamente esta necessidade de limitação do poder, a qual decorre das tensões que constituem toda forma de convivência humana e que, a partir da modernidade, tornaram-se extremamente complexas, devido à perda de um referencial comum a partir do qual poder-se-ia derivar toda a ordenação da vida em comum.

Se o Estado moderno, explicado originariamente por Hobbes³ em sua tese contratualista, surge como soberano absoluto, praticamente todas as tentativas subsequentes de compreendê-lo, explicá-lo e justificá-lo desenvolver-se-ão sob a perspectiva de limitar ao máximo esta soberania, até se chegar ao ponto de associá-la ao povo, e não mais ao Estado. É este processo que buscaremos explicitar em seguida⁴.

¹ Nas palavras do autor: “O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográfico e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 51).

² Cf. MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

³ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João

² Cf. MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

³ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf acesso dia 20/03/2015.

⁴ Importante frisar, desde já, que esta reconstrução histórica do que temos chamado de constitucionalismo confunde-se, para os intuitos aqui perseguidos, com a história das dimensões de direitos fundamentais, os quais constituem-se como fundamentos mais sólidos da própria noção de constitucionalismo em seu duplo aspecto de limitação do poder e garantia dos direitos mínimos do ser humano a fim de efetivar sua liberdade, igualdade e fraternidade, ou seja, sua dignidade.

1.1. Estado Liberal e legalidade

A noção moderna de constituição começa com a “ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo”⁵, ou seja, o modo que se encontra de efetivamente limitar o exercício do poder político é a partir da positivação dos ideais que nortearão as ações estatais e os direitos mínimos dos cidadãos, os quais o Estado deverá respeitar.

Este fenômeno, que se espalhará por praticamente todo o mundo “ocidental”⁶, é decorrência das revoluções burguesas que conseguiram romper com o Estado Absolutista.

O Absolutismo foi a primeira forma que o Estado moderno assumiu e, apesar de ter significado a ruptura com a Idade Média⁷, referida forma estatal manteve ao monarca uma soberania absoluta, que se entendia necessária, agora de forma racional e não mais religiosa, para cumprir com a sua função, qual seja, proporcionar o mínimo de ordem social num contexto de guerras civis religiosas.

Como resultado das revoltas burguesas, o Estado Absolutista foi apoiado, no confronto com a Igreja, pela burguesia incipiente. Acontece que, uma vez instalada a nova forma estatal, a própria burguesia começou a se voltar contra o poder ilimitado do monarca. Para tanto, vários fatores foram fundamentais, mas pode-se destacar o desenvolvimento econômico e industrial, que começara a acelerar, assim como a convicção e o crédito na ciência e, conseqüentemente, na liberdade individual como valor máximo a ser preservado.

Esta liberdade, que aparece como grande corolário do pensamento iluminista e do Estado moderno, não compreende apenas o indivíduo, mas também o próprio Estado, ou seja,

⁵ TAVARES, A. R.. **Curso de direito constitucional**, p. 33.

⁶ Entende-se aqui por “ocidental” todos os países comprometidos com um projeto de Estado Democrático, donde poder-se, neste sentido, incluir a Inglaterra que, mesmo não tendo uma Constituição escrita, foi talvez a principal precursora do constitucionalismo, em muito devido à atuação do Judiciário desde tempos remotos na proteção dos cidadãos perante a própria Coroa, com base no *common law*.

⁷ “O Absolutismo apresenta-se-nos em sua forma plena como a conclusão de uma longa evolução, a qual, através da indispensável mediação do cristianismo como doutrina e da Igreja romana como instituição política universal, conduz, desde as origens mágicas do poder, até a sua fundação em termos de racionalidade e eficiência. Este fato é perfeitamente testemunhado pela evolução sofrida pelo princípio de legitimação monárquica da antiga investidura, transmitida à monarquia de direito divino através da graça divina, e também o princípio monárquico constitucional do século XIX. Tal evolução vai de uma justificação perfeitamente religiosa, embora cada vez menos mágica, do poder, até o tipo heroico e classista, que podemos individualizar entre 1460-1470 e 1760-1770, caracterizada por uma feição ideológica e propagandística de tipo mitológico em relação à figura do príncipe, até alcançar uma postura eminentemente jurídica e racional em relação aos fins” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 2-3).

ao mesmo tempo em que este busca se afirmar diante dos demais no âmbito internacional, no âmbito interno tende, gradativamente, a ser limitado pelos interesses daquele. O Estado é tratado a partir de uma óptica individualista, a qual se confunde com essa noção de liberdade, e que passa a ser a propulsora dos principais desenvolvimentos econômico-políticos a partir deste momento, como anota Bobbio:

"A individualidade, quer do indivíduo particular, quer da nação, tem o direito à livre manifestação, com vista a uma maior elevação moral dos homens e dos povos. Uma liberdade encarada desta maneira provoca, em todos os segmentos da sociedade, consequências tais que são capazes de modificar rapidamente a face da Europa: na vida econômica, a ruptura dos laços corporativos e dos privilégios feudais possibilita a arrancada econômica, acompanhada por um fenômeno novo, o associacionismo (quer para o progresso econômico, quer para a ajuda mútua); no campo político, forma-se uma opinião pública esclarecida que, pela livre discussão, exerce controle sobre o Governo; em todos os campos da vida social, política e cultural, a luta se dá contra a opressão clerical pela abolição da mão-morta e do foro eclesiástico e pela laicidade do Estado e do ensino; e, enfim, luta-se contra as monarquias absolutas, a fim de se conseguir Constituições, instituições representativas, responsabilidade de Governo, em outras palavras, novas instituições que, muitas vezes, não passam de um compromisso entre absolutismo e revolução, monarquia e soberania popular. Este compromisso, sob a pressão das forças democráticas, se revela prejudicial à monarquia, mesmo se do antigo Estado absolutista permanecem as grandes estruturas, como a burocracia e o exército permanente".⁸

Ora, considerando que o Estado Absolutista manteve a mesma base organizacional oriunda da Idade Média, lastreada na noção de soberania, apesar da ruptura com esta, o Estado Liberal, ao romper com aquele, e se instituir sob ideologia totalmente nova, colocando acima de tudo a individualidade e a liberdade, mantém também uma forma organizacional de suas estruturas internas que muito se assemelha com a do regime rechaçado.

Apesar de não se aceitar mais como condição do exercício do poder uma ordem pressuposta de coisas que somente o governante consegue acessar para garanti-la, pois se nega qualquer verdade transcendente que seja alicerce do poder político, ainda assim assume-se a ideia de um bem absoluto, o qual é o próprio Estado Liberal.

⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 690.

Em síntese, o Estado Liberal “continua sendo um bem absoluto, embora retirado do campo da ética (liberdade interior) e submetido ao campo do direito (liberdade exterior)”⁹, e isto traz mudanças fundamentais.

A grande finalidade do Estado Liberal é proporcionar aos indivíduos as condições mínimas para que estes possam usufruir de suas liberdades, as quais passam a adquirir um viés econômico. O principal meio para que se consiga isso será o direito e, mais propriamente, a lei. Esta é alçada à condição de máxima garantia das promessas da modernidade.

A lei consegue estabelecer, de forma clara, os direitos e garantias mínimas do indivíduo, que devem ser respeitados até mesmo pelo Estado, assim como consegue estipular previamente os comportamentos necessários, aceitáveis e proibidos para que a nova ordem social-econômica seja respeitada. Além disso, esta tendência de positivação do direito mostrava-se de acordo também com os avanços científicos da época.

Nesta nova estrutura organizacional, o Estado deve se manter como um sujeito neutro que apenas garante estas condições, interferindo o mínimo possível na vida dos indivíduos. E a lei, quando não garante efetivamente esta intervenção mínima ou reduzida, deve propiciar a segurança jurídica necessária ao mundo dos negócios, paulatinamente mais abrangente e heterogêneo, com o fito de uniformizar a prática jurídica e as expectativas dos cidadãos¹⁰.

Todas estas mudanças, levadas a cabo com a independência norte-americana e com a Revolução Francesa, resultaram nas Constituições dos Estados Unidos da América e da França, que representam os grandes marcos da primeira fase do constitucionalismo moderno.

⁹ Idem, ibidem, p. 693.

¹⁰ “Esta tendência em prol da legislação foi uma reação inspirada pela ideia de sistema enquanto ideal do saber científico, proposto pelo Jusracionalismo moderno ao particularismo jurídico, ou seja, a falta de unidade e coerência no conjunto de normas vigentes em quase todos os países da Europa. Com efeito, a presença concomitante do Direito Comum, fruto do processo de recepção do Direito Romano na Europa, e do *jus proprium*, o Direito costumeiro e legislativo de cidades e províncias, gerava incertezas em relação aos direitos de cada um. Estas incertezas eram causadas tanto por dúvidas a respeito das normas que regiam uma determinada situação jurídica, quanto da jurisdição competente para dirimir questões. A codificação surge, neste contexto, como um processo de simplificação e racionalização formal que correspondia a um duplo imperativo socioeconômico: o primeiro era a necessidade de pôr ordem no caos do Direito Privado para garantir a segurança das expectativas, e atender, desta maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo era o de fornecer ao Estado, através da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social.” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 41-42).

O sucesso deste novo modo de compreender e explicar a base político-jurídica da sociedade, com justificativas e fundamentações (mais) racionais do exercício do poder, mostra-se tão eficaz, em relação à antiga, que o constitucionalismo acaba até por tornar supérfluas as “ideias iniciais de contrato social”¹¹, que constituíram a explicação primeva para o Estado moderno.

Não se pode negar que a concepção de Estado Liberal esteve, desde o início, atrelada à noção de democracia que vai percorrer todo o movimento histórico do constitucionalismo, na busca de impor limites ao exercício do poder político (universalização dos direitos individuais) e proporcionar melhores condições de vida para os indivíduos.

No começo do século XX o modelo de Estado liberal puro se tornou alvo de intensos debates. As transformações políticas e sociais que levaram à reconsideração do modelo liberal procuravam impingir ao Estado a noção de responsabilidade social, ou seja, procurou-se a intervenção estatal em setores que antes eram de atuação exclusiva da iniciativa privada.

A prestação de serviços públicos com o intuito de preservar condições básicas de sobrevivência e desenvolvimento do ser humano foi um dos principais motes da sociedade que legitimou o surgimento do intitulado “Estado social”. André Ramos Tavares elucida que: “Efetivamente, ao se transformar em Estado prestador, automaticamente passa à condição de equalizador de um patamar social mínimo, realocando (ou pretendendo fazê-lo) aqueles que se encontrassem em situação inferior a esse mínimo para os patamares desejáveis”¹².

Como já foi dito acima, o principal objetivo por ora almejado é mostrar, sucintamente, aquilo que aqui é chamado de constitucionalismo, ou seja, o desenvolvimento de uma forma de organização estatal em que o indivíduo passa a ser considerado o valor máximo e que decorre disto a busca incessante pela limitação do exercício do poder. Assim, poderemos mostrar como se desenvolveram as principais questões que se colocam para nós hoje, no enfrentamento de nossos problemas sociais e na nossa busca, neste processo, de aperfeiçoamento da democracia. Passamos, então, ao exame dos principais eventos que se opuseram ao Estado Liberal e proporcionaram o surgimento do Estado Social.

1.2. A evolução histórica da Constituição Social

¹¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

¹² Idem, *ibidem*, p. 56.

Buscaremos expor as ideias basilares e o contexto histórico, econômico e social das duas constituições, a nível mundial, que se colocam como originárias na implementação de um Estado Social, isto é, o desdobramento do que foi o Estado Liberal, buscando romper com este ou resolver as situações oriundas de sua vigência e ainda não resolvidas. Posteriormente, passaremos à análise de como todo este processo se desenvolveu em nosso país, mostrando peculiaridades que muitas vezes não são levadas em consideração e que acabam por dificultar a compreensão dos problemas enfrentados hoje no que diz respeito às promessas elementares da modernidade, quais sejam, preservação do indivíduo, de sua liberdade, limitação do poder e melhores condições de vida.

1.2.1. A Constituição do México de 1917

Para se compreender adequadamente a Constituição mexicana de 1917, mister se faz explicitar seu contexto histórico-político, que era o da Revolução Mexicana, que teve início em 1910, e que culminou naquela.

No México estava instalada a ditadura de Porfirio Díaz, que teve duração de 1876 a 1911, período chamado de porfiriato. Tal regime tinha o apoio do Exército, o qual detinha o comando de polícia estatal, da Igreja católica, que detinha muitas regalias, pelos grandes proprietários de terra mexicanos, que foram beneficiados com a expulsão dos índios dos ejidos e a consequente extinção destes, e das grandes empresas privadas, inclusive as estrangeiras.

A ditadura porfirista era extremamente autoritária com a maioria da população que era desrespeitada de forma aviltante, enquanto que preservava para pequenos grupos não só condições de vida totalmente discrepante da maioria da população, mas também a exploração desta e uma crescente concentração de renda e poderes para as classes beneficiadas, obviamente com a maior pauperização das classes prejudicadas. Com a crescente disparidade das condições, o clima social tornava-se cada vez mais instável e insuportável.

O autoritarismo de Porfirio é tamanho que consegue mobilizar até grandes proprietários de terra, sendo que nas eleições para presidente de 1910 o líder de um

movimento que se opunha à reeleição do ditador autoritário é preso. Tratava-se de Francisco Madero.

Madero consegue fugir da prisão e vai para os Estados Unidos da América, de onde começa a organizar uma resistência armada ao governo autoritário, e recebe apoio, ao prometer reformas eleitorais e agrária, dos camponeses, que nesse momento formam a maioria da população mexicana. Os camponeses têm líderes que se destacam, como Emiliano Zapata, Pancho Villa e Pascual Orozco.

Este clima de tensão leva à renúncia de Porfirio Díaz, que ocorre em 1911, e elege-se Madero como presidente. Acontece que este, uma vez no poder, não cumpre com suas promessas e não toma as medidas esperadas, especialmente no tocante à estrutura do Estado e à redistribuição de terras.

Os camponeses, ainda insatisfeitos, reúnem-se para enfrentar o novo governo, recusando-se a largar as armas, e é enviado por Madero um general, Victoriano Huerta, para acabar com os revolucionários. Mas acontece que em 1913 este mesmo general acaba por matar Madero e assumir o poder, fortalecendo e unindo ainda mais os grupos que lutam contra seu governo.

Os revolucionários, entre eles camponeses e liberais, têm como suas principais reivindicações proibir a reeleição presidencial, a devolução das terras que foram tomadas das comunidades indígenas (os “ejidos”), um processo de nacionalização das principais empresas e dos bancos, a promoção de direitos trabalhistas à incipiente classe trabalhadora e a laicização do Estado.

Com renúncia de Huerta, quem assume o poder é Carranza, mas os revolucionários ficam divididos em dois grupos. O primeiro, na linha do novo governante, em que os revolucionários são chamados de constitucionalistas, tem como proposta principal reformar a Constituição liberal de 1857, enquanto o outro grupo, dos convencionalistas, liderados por Emiliano Zapata e Pancho Villa, desejam implementar transformações radicais, ou seja, instituir um novo regime, que possa efetivar todos os reclames das classes mais populares¹³.

¹³ BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da república alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. Brasília a. 43. 169 jan./mar. 2006. p. 109.

Os convencionalistas, então, começam a colocar em prática seus planos, os quais ainda vão além das reivindicações iniciais, incluindo agora a criação de escolas técnicas, fábricas de ferramentas e até mesmo de um banco de crédito rural.

Tais medidas causam insatisfação a Carranza, que, no intuito de institucionalizar e regulamentar as reivindicações revolucionárias, promulga em 1917 a nova Constituição do México. O clima de guerra e tensão ainda permanece até 1920, sendo que neste ínterim Zapata é assassinado a mando de Carranza e depois este é deposto e também assassinado. Assume a presidência o general Álvaro Obregón, que consegue consolidar a revolução¹⁴.

Apesar do ideal revolucionário ter sido fortemente influenciado pela doutrina anarquista de Bakunin, o que se viu como resultado foi o contrário do esperado, ou seja, criou-se uma sólida estrutura estatal, altamente centralizada e muito bem estruturada¹⁵.

A Constituição do México de 1917 é composta por 136 artigos¹⁶ e traz em seu bojo uma série de direitos sociais ao lado dos já reconhecidos direitos liberais, desde o início do constitucionalismo. Portanto, apesar das consequências acima descritas,

"O que importa, na verdade, é o fato que a Constituição Mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a

¹⁴ Idem, p. 109.

¹⁵ "A transformação desse ideário em normas constitucionais, no entanto, produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado, pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que o texto constitucional norte-americano atribuiu ao presidente da república. O ideário anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais" (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183-184).

¹⁶ "Esses 136 artigos foram sistematizados em nove Títulos, que podiam, por sua vez, dividir-se em capítulos e seções. O Título I da Constituição Mexicana de 1917 era formado por quatro Capítulos, quais sejam: Das Garantias Individuais (Cap. I), Dos Mexicanos (Cap. II), Dos Estrangeiros (Cap. III) e Dos Cidadãos Mexicanos (Cap. IV). O Título II possuía apenas dois Capítulos: Da Soberania Nacional e da Forma de Governo (Cap. I) e Das Partes Integrantes da Federação e do Território Nacional (Cap. II). O Título III organizava-se em quatro Capítulos: Da Divisão dos Poderes (Cap. I), Do Poder Legislativo (Cap. II) – este último capítulo dividia-se em quatro Seções: Da eleição e da instalação do Congresso; Da iniciativa e da formação das leis; Da competência do Congresso e Da Comissão Permanente –, Do Poder Executivo (Cap. III) e Do Poder Judicial (Cap. IV). O Título IV tratava, unicamente, Das Responsabilidades dos Funcionários Públicos, o Título V, Dos Estados e da Federação, o Título VI (composto exclusivamente pelo célebre artigo 123), Do Trabalho e da Previdência Social. O Título VII tratava Das Disposições Gerais, o Título VIII, Das Reformas da Constituição e, finalmente, o Título IX cuidava Da Inviolabilidade da Constituição" (BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da república alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917, p. 110).

desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela afirmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregados por acidente de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para reconstrução do moderno Estado Social de Direito".¹⁷

Importante salientar que a Constituição do México de 1917, considerada um dos grandes marcos do constitucionalismo social, não nega simplesmente o constitucionalismo liberal e as garantias individuais que constituíam sua base. Apenas propõe desenvolvê-lo de modo que seja complementado com garantias de ordem social, sem as quais aquela forma de organização social não conseguiria vislumbrar êxito, pois acarretou grande concentração de riquezas e manteve péssimas condições de vida para a maioria da população, donde a limitação de poder não ter se mostrado eficaz, apesar de ter sido totalmente modificadas suas estruturas e modos de exercício.

Dentre estes direitos de cunho eminentemente social, resultantes dos anseios revolucionários ligados às classes mais subjugadas, ou seja, os índios e os camponeses, deve-se destacar o direito à saúde, direito à moradia digna, direito ao trabalho e ao produto que dele resulta, proibição de contratos que importem na perda de liberdade do indivíduo, vedação à constituição de monopólios, a possibilidade de desapropriação de terras por utilidade pública, mediante indenização, a proteção da pequena propriedade e a função social da propriedade.

Note-se que tais direitos são pioneiros na mudança de paradigma necessária para a própria manutenção do projeto da modernidade, em que o desenvolvimento econômico não pode prescindir do desenvolvimento social e, especialmente, do respeito ao indivíduo em todas as dimensões possíveis.

Outro ponto que é fulcral, e que será desenvolvido a seguir, mas importante de já se destacar, é que estas medidas de cunho social, ao contrário do que acontecia na lógica liberal, exigem uma postura proativa do Estado para que sejam efetivamente implementadas. Ou seja, o Estado não pode mais ficar numa posição de neutralidade e intervir o mínimo possível na vida social. Pelo contrário, deve intervir, sempre que necessário, para que esses direitos

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

sociais sejam plenamente reconhecidos, inclusive com a possibilidade de restrição de alguns direitos individuais, em prol do coletivo.

Apesar de não ter tido grande influência fora do México à época de sua promulgação, devido à posição periférica do país e às dificuldades dos meios de comunicação se comparados com os atuais, a Constituição mexicana veio a ser reconhecida como a grande pioneira no que diz respeito ao constitucionalismo social, junto com a Constituição de Weimar que, apesar de muito parecida com aquela em seu conteúdo e promulgada apenas dois anos depois, teve papel muito mais efetivo na consolidação do constitucionalismo social.

1.2.2. A Constituição de Weimar de 1919

A Constituição de Weimar, assim como a do México, surge num contexto de graves problemas político-sociais, tanto no que diz respeito aos acontecimentos internacionais quanto às peculiaridades internas da Alemanha, que se combinaram a ponto de propiciar aquela que foi uma das mais importantes constituições sociais.

Bismarck liderou a vitória alemã na Guerra Franco-Prussiana, e esta vitória foi responsável para a consolidação da luta pela unificação federalizada dos principados e cidades livres de língua alemã, que resultou na Confederação Germânica.

Depois, foi criado o Primeiro Reich, que teve à frente o Kaiser Guilherme II, o que propiciou à Alemanha um crescimento urbano e industrial destacado no seio da Europa. O resultado foi o surgimento de uma grande classe operária, que, por apresentar características militantes, logo começou a reivindicar melhores condições de vida e de trabalho.

Tais reivindicações são acirradas por dois motivos, um de ordem interna e outro de ordem externa. Do ponto de vista interno, a Alemanha, devido à prosperidade alcançada com a unificação, ficou em condições de competir, no cenário internacional, com as grandes potências europeias à época em busca de territórios e mercados consumidores, mas o resultado foi sua participação desastrosa na Primeira Guerra Mundial, da qual saiu derrotada.

A derrota foi duramente sentida pela Alemanha, pois além do número excessivo de mortos e feridos, o país foi obrigado a pagar multas altíssimas, em nome das quais acabou por enfrentar uma crise econômica que minava todas as relações sociais.

Além disso, no âmbito externo, houve o exemplo da Constituição mexicana e a revolução russa, a qual afetou muito mais a Alemanha. Ou seja, além de um clima econômico-social de instabilidade extrema, as classes menos favorecidas, que buscavam melhores condições de vida, ainda foram influenciadas pelo que aconteceu na União Soviética, e aí “iniciou-se uma verdadeira revolução bolchevista no seio do Reich”¹⁸.

Enquanto os partidários da extrema esquerda propugnavam pela dissolução do parlamento alemão, explodiu uma rebelião naval¹⁹ que veio a desencadear uma guerra civil. Dentre várias tensões, inclusive dentro da ala de posicionamento mais esquerdista, dividida entre um grupo mais radical e outro mais conciliador, muitos eventos ocorreram, incluindo uma greve geral e a abdicação do Imperador.

Neste clima, em que chegou a ser proposto que se convocasse uma Assembleia Nacional Constituinte e a formar-se um governo provisório, numa disputa sobre a convocação de uma assembleia constituinte para o estabelecimento de uma democracia parlamentar e a busca da implantação de uma ditadura do proletariado, nos moldes da revolução russa, convocou-se um congresso de representantes das províncias do Reich.

Decidiu-se, neste congresso, por convocar uma assembleia constituinte, a qual aconteceu em Weimar, cidade afastada das lutas travadas em Berlim, em que a ala esquerda mais extremista se levantava contra tudo o que acontecia, sendo que nestes combates seus principais líderes, Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht, foram assassinados²⁰.

A assembleia constituinte não conseguiu remediar tantas forças dissonantes naquele momento, e essa fragmentação político-social que tentou encontrar na Constituição de

¹⁸ BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da república alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917, p. 113.

¹⁹ “Os marinheiros se haviam recusado a seguir os oficiais que queriam continuar a guerra no mar. As más condições de vida fizeram o resto: a bandeira vermelha foi hasteada nos navios e 20.000 marujos armados ocuparam o porto. Desarmaram oficiais, libertaram os prisioneiros nos quartéis, elegeram um conselho de soldados. Com esse exemplo, interromperam o trabalho nas fábricas. Os grevistas formaram um conselho de operários. Após Kiel, o processo se repetiu em Stuttgart e Hamburgo. As estações foram ocupadas, as tropas levantaram contra os oficiais, os comandantes militares foram substituídos, os meios de transporte requisitados por soldados em revolta. Símbolos de séculos de opressão, as insígnias foram por toda parte destruídas; bandeiras vermelhas foram hasteadas; organizaram-se conselhos de operários e de soldados” (RICHARD, Lionel. **A República de Weimar (1919- 1933)**. São Paulo: Cia das Letras, 1988. p. 29-31).

²⁰ BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da república alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. Brasília a. 43. 169 jan./mar. 2006. p. 114.

Weimar um denominador comum e uma solução para a crise, veio a ser a causa de seu rompimento pouco tempo depois²¹. Não obstante, fruto de toda essa efervescência e instabilidade política, a Constituição de Weimar reconheceu em seu texto muitos dos direitos requeridos, especialmente aqueles de cunho social, reivindicados pelas classes menos abastadas e mais sofredoras.

Sem adentrar as várias críticas feitas à época ao texto constitucional, as quais também eram fruto daquele momento político altamente instável, o que nos interessa é ressaltar o caráter social que tal constituição assumiu, os direitos que ali foram consagrados e a influência que teve em praticamente todas as constituições que lhe sucederam.

É de fundamental importância, para se compreender melhor não só a Constituição de Weimar, como todo esse período e, principalmente, o que ficou para a concepção de Constituição social, perceber que o clima que imperava em quase toda a Europa, e que repercutia fortemente na Alemanha em face de todos os problemas acima descritos, era o de uma caminhada nos rumos do que foi a revolução russa.

Deste modo, o que se entende por Estado Social não pode ser confundido com a noção de um Estado Socialista, como foi a União Soviética. Aliás, foi justamente contra este modelo que exsurgiu aquele. Ou seja, o Estado Social não é uma proposta político, econômico e social de romper com o capitalismo que, como vimos acima, permeia toda a formação da modernidade e, conseqüentemente, do próprio Estado.

O Estado Social deve ser compreendido muito mais como um meio termo entre essa polaridade Estado Liberal-Estado Socialista, de modo que se oferece como uma alternativa para sanar alguns dos problemas gerados pelo primeiro modelo – especialmente no tocante à grande desigualdade econômica e a não interferência estatal para minorá-la, mas sem despojar de suas conquistas, principalmente no que toca ao reconhecimento e proteção da liberdade individual – sem desaguar no segundo, que despreza as principais conquistas daquele. Importante salientar que o projeto socialista mostrava-se muito caro às massas, isto é, à

²¹ BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese (Livre-Docência) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 11. Cf. também COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 192-193 e BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 205-206.

maioria da população, que sustenta o sistema econômico com sua força de trabalho, mas não detém poder político ou econômico e ainda suporta péssimas condições de vida neste momento em todos os países que estão em processo de industrialização²².

Nesse sentido, apesar dos rumos que os acontecimentos tomaram na Alemanha, este ideal de um modelo de organização social que se mostrava como necessário para a própria manutenção daquilo que foi o Estado Liberal e seus fundamentos mais caros, que propunham agora a necessidade de uma atitude mais proativa do Estado em relação aos direitos de ordem social que este mesmo passava a reconhecer como fundamentais, fez com que a Constituição de Weimar e seu conteúdo riquíssimo se tornassem a grande referência deste projeto.

Desse modo, com um texto e ideologia muito parecidos com a da Constituição mexicana no que tange ao sistema de direitos, a Constituição de Weimar reafirma os direitos clássicos de liberdade ao mesmo tempo em que mostra sensibilidade com uma igualdade substantiva, enfatizando um cuidado especial com as demandas das classes trabalhistas, com a necessidade de funcionalização da propriedade e, sobretudo, com o caráter prestacional que o Estado deve assumir, especialmente em matéria de educação²³.

²² “O contexto da constitucionalização social na Europa estará marcado também pela radicalização dos setores sociais dominados em um estado de exceção dado pela Grande Guerra, primeiro, e pela revolução, depois. Nesse marco, a radicalização crê encontrar, ainda, uma forma institucional nova e concreta, os Conselhos, atualizados pela evolução Bolchevique de outubro de 1917. Nesse sentido, a ‘Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado’, de janeiro de 1918, mais tarde incorporada à primeira constituição soviética (julho), contém em seus quatro capítulos não tanto um catálogo de direitos, mas a explicitação de princípios de organização política e econômica: direitos sociais e organização social fundem-se ao extremo. A Declaração atribui aos soviets ‘como tarefa essencial, a abolição de toda exploração do homem pelo homem, a eliminação total da divisão da sociedade em classes, o esmagamento implacável da resistência dos exploradores, a organização socialista da sociedade e a vitória do socialismo em todos os países’, ligando esta proclamação a uma série de medidas concretas, como a abolição da propriedade privada da terra, a nacionalização das riquezas naturais, das fábricas e dos bancos, o controle operário sobre todos os meios de produção, o trabalho obrigatório, o armamento dos trabalhadores, a exclusão da burguesia dos órgãos de poder. Um programa que gerou, como sabemos, uma grande atração para as massas europeias. (...) Frente a esse ‘modelo soviético’ (a superar), reaparece na reflexão do direito público a ideia de um ‘Estado Social’, que será desenvolvida na Assembleia de Weimar por Friedrich Naumann, seu defensor mais lúcido naquele momento. Em Naumann, o Estado Social conserva as raízes desta política de integração que remontava, na Alemanha, à política das elites prussianas do século XIX, mas, sobretudo, prolonga-se, ante o novo contexto, com um reconhecimento dos ‘direitos dos homens associados’ (*der Verbandmensch*). O Estado Social aparece como uma espécie de nova síntese orgânica do objetivo de integração, equidistante do individualismo ocidental e do coletivismo russo” (HERREIRA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15-16).

²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 203.

Sem destacar as diferenças que existem entre as duas constituições e sem adentrar questões pouco profícuas sobre qual delas teria papel mais preponderante ou influência na história do constitucionalismo, o que importa é que

surge então, na virada para o século XX, o Estado de Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.). Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919".²⁴

Vale ressaltar que tanto a Constituição do México quanto a de Weimar, além do reconhecimento destes direitos sociais, os quais são ditos direitos fundamentais de segunda dimensão – enquanto os direitos fundamentais garantidos já pelo Estado Liberal são de primeira dimensão –, também reconheceram direitos fundamentais que podem ser considerados de terceira dimensão, sendo que estes são aqueles que se ligam diretamente não mais apenas ao indivíduo ou ao social no âmbito interno, mas a toda a coletividade, inclusive no plano internacional, assim como direitos difusos e coletivos, como é o caso, por exemplo, da proteção ao meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Como notou Fábio Konder Comparato, a Constituição de Weimar se estrutura de forma dualista, em que uma primeira parte cuida da organização do Estado, enquanto na segunda tem-se a declaração de direitos fundamentais que aqui reportamos, mas não é isto que causou tantos problemas em relação a essa Constituição.

"Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir. Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do

²⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33. Cf. também BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 204-205 e COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192-193.

mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental".²⁵

Esta atuação proativa do Estado em relação à sociedade e, conseqüentemente, também na economia, que é requerida para a plena efetivação dos direitos sociais então reconhecidos, vai causar grandes problemas, oriundos da própria novidade do tema e dessa quebra de paradigma no tocante aos limites da atuação do Estado.

Nesse momento, a atuação proativa do Estado deve se dar através, principalmente, da ação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a partir da disposição normativa e da governabilidade e gestão de políticas públicas. Este problema, depois, agravar-se-á mais ainda quando o Poder Judiciário ou Cortes Constitucionais começam a assumir o papel de destaque como principais responsáveis pela efetividade da Constituição como um todo e, portanto, de todos estes direitos e garantias fundamentais.

Antes de adentrarmos neste, que constitui o tema propriamente dito do trabalho aqui desenvolvido, passaremos à análise de como se deu, em nosso país, o desenvolvimento disto que temos chamado de Estado Social – no âmbito do qual surgiu a noção de Constituição social. Pois há por aqui peculiaridades que tornam de fundamental importância fazermos um parêntese a fim de tentarmos mostrá-las, pois acreditamos que estas diferenças podem lançar luzes nesta que seria a discussão mais atual, pois apesar de termos chegado até ela, como se dá hoje em praticamente todo o mundo ocidental comprometido com a democracia, nosso percurso apresenta singularidades que, parece-nos, não são muitas vezes levadas em consideração quando da importação de teses, institutos e até mesmo discussões jurídicas de outros países.

1.3. As Constituições brasileiras de 1824 a 1967

O constitucionalismo brasileiro remonta ainda ao Império, e isto o torna ímpar. Como expusemos, o liberalismo constitui o principal pano de fundo para o desenvolvimento do

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205-206.

constitucionalismo na Europa, e requer medidas políticas que se alinhem ao novo projeto econômico-social.

Dentre as medidas necessárias, as mais importantes vão no sentido de limitar o máximo possível o poder do Estado e sua atuação, tanto no mercado como na vida dos indivíduos.

Estes ideais liberalistas vão surtir efeitos no Brasil, mas nosso país havia rompido com Portugal e conquistado sua independência recentemente, e não conseguiu – muito pelo fato de o processo de independência não ter se dado por vias revolucionárias com levantes populares – desfazer-se da velha estrutura de poder e, muito menos, da concentração deste nas mãos de poucas famílias que continuaram a governar soberanamente toda a nação.

Nesse sentido, para se confirmar o sentimento nacionalista que era necessário para dar autonomia e segurança ao país, o caminho foi o de formar um novo arcabouço jurídico, e isto foi feito com duas principais medidas, a criação de cursos jurídicos no Brasil, para que nossos juristas pudessem se formar aqui, e não mais na Europa, especialmente em Portugal, como acontecia – nesse sentido é importante ressaltar que os magistrados, em sua maioria formados na Universidade de Coimbra, não apoiaram a independência –, e substituir as ordenações Filipinas por uma nova legislação²⁶.

Chegou a ser convocada uma constituinte em 1823, mas sua maioria era formada por homens com forte ideologia liberal e, consequentemente, colocavam em risco o poder centralizado do imperador D. Pedro I. Este, então, acabou por dissolver a assembleia constituinte e deixou o projeto de se criar uma constituição nas mãos de alguns poucos, a qual foi depois outorgada e entrou em vigor em 1824.

A primeira Constituição do nosso país é marcada por esta tensão entre um poder imperial fortemente estabelecido e uma incipiente classe com anseios liberal-burgueses, ao qual tinha que propiciar uma solução ou ao menos o equilíbrio necessário para que o novo país pudesse se firmar.

A Constituição de 1824 significou um compromisso “entre o elemento liberal, disposto a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador, propenso a referendar o *status quo* e, se possível, tolher indefinidamente a mudança e o reformismo nas

²⁶ MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 238.

instituições”²⁷. De acordo com o professor Paulo Bonavides, o primeiro ideal remontava à Revolução Francesa, enquanto o segundo, à Santa Aliança e ao absolutismo.

Existe um instituto nesta Constituição que deixa claro seu vínculo, ainda, com o absolutismo, o Poder Moderador. Este poder foi necessário para que, numa constituição feita aos moldes de um Estado Liberal, com separação de Poderes e outros mecanismos de limitação do poder, restasse, efetivamente, concentrado nas mãos do imperador²⁸.

Apesar dessa concentração de poder e de, paradoxalmente, também abrigar a ideologia liberal, a Constituição de 1824 foi a que teve maior longevidade até hoje em nosso país, e muito disto se deve, com certeza, ao longo reinado de D. Pedro II que, diferentemente de seu antecessor, não abusou de seu poder e, assim, tornou possível por aqui um “constitucionalismo costumeiro”²⁹.

Os ideais liberais encontraram aí possibilidade de se desenvolverem e foram crescendo paulatinamente até se consolidarem com o advento da Primeira República. Sua principal função deveria ser a de garantir a limitação do exercício do poder e a concentração deste nas mãos de uma pessoa, buscando efetivar o ideal de neutralidade do poder como consequência da separação entre Estado e Sociedade.

"Mas a fidelidade do texto a essa técnica fundamental, assentada em princípios e valores ideológicos incansavelmente proclamados por publicistas cujas lições educaram os autores da Constituição, sobretudo seu artífice principal, não guardava porém correspondência com a realidade, conforme o fato histórico veio soberanamente comprovar. Até mesmo as formas mais puras da construção liberal cedo se esclerosaram. Na região de governo, a força atrativa de um só poder aglutinava as oligarquias estaduais,

²⁷ BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 104-105.

²⁸ “Atribuições de importância tão fundamental para o direito e a liberdade, para a vida e o funcionamento das instituições eram conferidas a um Imperador cuja pessoa a Constituição fazia inviolável e sagrada declarando ao mesmo tempo que não estava ele sujeito a responsabilidade alguma (art. 99). Outorga tão avultada de poder se completava com a definição do Poder Moderador, contido no art. 98, onde ele aparece como a ‘chave de toda organização política’. Acrescentava o mesmo artigo que tal poder era ‘delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da Nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos’. Prosseguia a ditadura constitucional do Imperador dentro da Lei Maior com o artigo 102, que o nomeava chefe do Poder Executivo” (BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 106-107).

²⁹ BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 107.

e logo se manifestaria visível e ostentosa na pessoa do Presidente da República. Era este um monarca sem coroa, um rei sem trono. As instituições mesmas se revelavam impotentes para romper a tradição, o costume, a menoridade cívica, os vícios sociais ingênitos, que fazia a República padecer a desforra do passado".³⁰

Mesmo com a institucionalização de uma República e a promulgação de uma nova Constituição, o Brasil não conseguiu, efetivamente, romper com um modelo político, ideológico e social de altíssima concentração de poder, constituindo este, a nosso ver, uma das – se não a principal – principais causas das mazelas sociais que assolam nossa sociedade e, conseqüentemente, a raiz mais profunda de todas as discussões político-jurídicas que se desenvolvem no sentido de buscar soluções para elas. Por mais que se mude a estrutura política formal da organização do Estado e das formas de governo, sempre permanece um estamento que controla em última instância as decisões mais fundamentais para a vida pública, como adverte Raimundo Faoro.

Corroborando esta tese, apesar de vários institutos e rupturas com a ordem absolutista anterior que não separava sociedade e Estado, na essência o exercício do poder continuava concentrado em pequenos grupos:

"A concepção restritiva de participação popular presente na Constituição do Império apenas mudou de aparência na Constituição republicana. Ambas excluíam, na melhor das hipóteses, 90% da população, demonstrando que o processo que desembocaria na República dos Estados Unidos do Brasil, apesar das diversas concepções democráticas que o animou, foi monitorado e controlado pelos donos do poder, pelas oligarquias ávidas por maior divisão do poder entre aqueles que faziam parte do um centésimo dos cidadãos ativos na República do Brasil, pois poderiam, então, concorrer ao Senado, antes vitalício, e gozar, também, de maior autonomia política em suas unidades da Federação. É sintomático e não apenas simbólico que ao mesmo tempo que os constituintes exigiram alfabetização para qualificar o cidadão, excluíssem do texto da nova Constituição a obrigação do Estado de promover meios para a educação da população".³¹

³⁰ *Idem*, p. 257.

³¹ Tem-se como exemplo destas pequenas rupturas a instituição do casamento civil, a secularização dos cemitérios, a laicização do ensino nas escolas públicas, a separação entre Estado e Igreja, a criação do *habeas corpus* e a exaltação máxima do direito de propriedade.

Fica clara esta peculiaridade do constitucionalismo brasileiro: já na segunda Constituição, em uma República agora, com a institucionalização de vários preceitos de cunho liberal, a consolidação dos ideais burgueses de liberdade individual e de propriedade – para uma parcela extremamente restrita em nosso país, mais que em qualquer outro país “capitalista” – não conseguimos atacar os dois maiores problemas que inviabilizam as duas ideias principais do constitucionalismo aqui disposta. Seriam estas a liberdade do indivíduo – primeiramente num aspecto formal e posteriormente num aspecto material – e a limitação e neutralidade do poder.

O que se consolidou com a Constituição da Primeira República foi um sistema presidencialista em que o Presidente da República era um “monarca eletivo”, substituído a cada quatro anos, mas que era eleito por uma parcela ínfima da população em sufrágio manipulado que substituíra, ou melhor, complementara a concentração de poder das oligarquias³².

Dentre as oligarquias que concentram o poder durante a Primeira República destacam-se a paulista e a mineira, na famosa política do café com leite. Acontece que os ideais liberais continuam sempre rondando as relações sociais e por volta de 1930 o desequilíbrio na distribuição do poder é tamanho que se torna insustentável.

Todos os setores e grupos oligárquicos que estiveram à margem deste monopólio centralizado em São Paulo e Minas Gerais começam a se articular, recebendo grande apoio de camadas mais populares, como os soldados, por exemplo, e revoltas começam a pulular pelo país.

Em 1930 vai eclodir uma revolução, que teve a participação fundamental dos militares. Estes foram peças fundamentais na instituição da república, mas foram preteridos politicamente. Apesar de responsáveis pela ordem e pela segurança, de possibilitarem um “equilíbrio” entre ideais liberais e ideais de cunho absolutista que blindavam as conquistas econômicas das críticas sociais, os militares não conseguiram uma colocação política que lhes conferissem um mínimo de participação.

³² Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 260.

O contexto era extremamente complicado. O Brasil era uma república governada por duas oligarquias em que várias outras ficaram marginalizadas e descontentes, e a maioria da população estava à margem sempre, e não conseguia obter melhorias em suas condições de vida. O clima que imperava era de descontentamento com a ordem instituída.

A Revolução de 30 foi consequência de todos estes problemas e da cada vez mais acirrada crise social, posto que mesmo os grupos insatisfeitos não compartilhavam das mesmas ideologias, mas eram muito discrepantes entre si.

E existia outro fator de complicação, o florescer de uma classe burguesa voltada para a industrialização do país, que se sentia tolhida por uma estrutura em que o poder concentrava-se nas mãos de oligarquias rurais.

Tudo isto que propiciou a revolução fez com que esta tivesse um foco comum, ou seja, destituir as oligarquias e acabar com seu poder desmesurado, mas não tinha um projeto comum, nem no âmbito político, nem no econômico, nem no social. A instabilidade das relações e das instituições só fazia aumentar.

Getúlio Vargas, que havia liderado a revolução, foi proclamado presidente provisório do Brasil, e mostrava-se como a única solução capaz de fornecer um mínimo de unidade nacional e, assim, garantir a ordem e a paz.

Devido às tendências autoritárias que permearam todo o desenvolvimento do nosso constitucionalismo, a consequência foi uma centralização cada vez maior na figura de Vargas e seu envolvimento com as novas classes ou grupos sociais numa velha simbiose de interesses contraditórios e paradoxais que conseguem se harmonizar para manter os privilégios conquistados.

Estes conchavos e perplexidades de difícil compreensão podem iluminar nosso entendimento do que é o “nosso constitucionalismo”, isto é, de nossa própria história, a partir de um evento importante, a Revolução Constitucionalista de 1932.

Esta revolta foi uma reação daqueles que perderam seus poderes com a revolução liderada por Vargas, e tinha como alvo seu governo. Além do mais, seu governo tomou muitas medidas que deixaram as elites irritadas e preocupadas, como a legalização do Partido Comunista, aumento de salários para os trabalhadores, o reconhecimento dos sindicatos dos

operários e outras mais. Além disso, houve uma greve com mais de 200 mil trabalhadores no estado de São Paulo, e os empresários e latifundiários paulistas decidiram unir-se contra o governo federal³³.

Este movimento foi derrotado, posto que não obteve aderência e participação esperada fora do estado de São Paulo, mas alguns pontos devem ser destacados. Primeiro, a união entre empresários e latifundiários, que teoricamente tinham interesses conflitantes, contra um governo federal que tomava medidas sociais que lhes perturbava.

Outro ponto a se destacar é que, apesar da rendição, tal movimento foi essencial para que o governo provisório não mais resistisse nesta situação e fosse obrigado a convocar uma assembleia constituinte, que vai dar origem à Constituição de 1934, com o advento da Segunda República. Esta, assim como antes, será uma rede complexa de fatores os mais variados e terá mudanças abissais, mas sempre mantendo uma estrutura em que o poder mantém-se extremamente concentrado, ou seja, por mais que os ideais sociais fossem incorporados no novo documento, a despeito das oligarquias e do empresariado que se viam tolhidos, constituía-se um governo altamente centralizado e monopolizador.

Há de se destacar a Constituição de 1934 como a primeira no Brasil a reconhecer direitos sociais. Dentre as muitas mudanças, vale destacar as seguintes: as mulheres conquistam o direito ao voto, apesar deste continuar proibido para mendigos e analfabetos; é criada a Justiça Eleitoral, que se responsabilizará por comandar a partir de então todo o processo eleitoral, tendo representado papel fundamental no combate aos votos de cabresto e às fraudes eleitorais; a criação não só da Justiça do Trabalho, como também de inúmeras leis trabalhistas que garantiam, por exemplo, a jornada de trabalho de oito horas por dia, direito a repouso semanal e férias remuneradas e direito a assistência médica ao trabalhador e à gestante; também a criação dos institutos da ação popular e do mandado de segurança.

Foram diversos os direitos sociais plasmados no texto constitucional, indicando que o Brasil caminhava para o Estado Social e cambiava sua influência americana pela alemã de Weimar. No entanto, ao lado dos elementos liberais e sociais, garantiram presença na Carta política elementos típicos do corporativismo de direita e do fascismo, como a representação por

³³ MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016p. 292.

classe. Dessa forma, apesar da incorporação de diversos direitos sociais, a Constituição guardava em si os elementos das diversas concepções políticas do contexto histórico em que foi criada³⁴.

A constituição da Segunda República contemplava os velhos direitos fundamentais de primeira dimensão e, de forma originária, os direitos de segunda dimensão, que cuidam de questões sociais. Acontece que estas, como já vimos acima, requerem uma intervenção estatal muito grande no seio da sociedade.

Quando isto acontece em um país como o Brasil, em que se verifica uma história constitucional ímpar e extremamente complexa, em que reina despercebido o espírito absolutista, somado à grande divergência político-ideológica que era uma consequência normal do próprio processo de laicização da modernidade e o apreço pela liberdade como valor fundamental, a tendência é prevalecer a crença na necessidade de um poder central forte para manter o mínimo de ordem necessária para o convívio.

É de extrema importância ressaltar mais um ponto fundamental em toda essa estrutura altamente complexa. A sociedade brasileira se compõe, desde a formação da colônia, de grupos étnicos os mais variados, o que somente aumenta com o passar do tempo, constituindo-se em um dos principais destinos de pessoas que fugiam das guerras ao redor do mundo, especialmente a Primeira e Segunda Guerras Mundiais.

E apesar desta mistura étnica extremamente rica, as relações não são as mais pacíficas, posto que também possuímos desde sempre índices de desigualdade político, econômico e social alarmantes, e uma sociedade extremamente racista e preconceituosa³⁵.

A Constituição de 1934 incorporou todos estes fenômenos, e teve como elemento principal a aposta no aumento de poder do Executivo, sempre entendido, nesse momento, como o grande responsável por gerir as crises decorrentes de interesses sociais tão conflitantes

³⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 299.

³⁵ Isto fica evidente no fato de o Brasil ter sido o último país do continente americano a ter abolido totalmente a escravidão negra, tendo sido o seu maior explorador, sendo que toda a população escrava, quando do fim da escravidão, jamais foi assimilada à sociedade, tendo ficado excluída às margens das cidades, constituindo os guetos e favelas, demorando muito tempo até para ser aceita como mão de obra livre e assalariada, especialmente com o grande fluxo de estrangeiros “brancos”.

que compunham não só o texto constitucional, mas perpassavam todas as relações sociais. Este elemento será o calcanhar de Aquiles da Constituição.

"Não, portanto, por ser “irrealista” ou “inexequível”, mas por ser dúbia, é que a Constituição de 1934 selou seu destino. Se hoje podemos dizer que uma certa síntese foi conseguida entre elementos do pensamento liberal e tendências intervencionistas do Estado, em 1934 ela era apenas uma ideia. A Carta é uma colcha de retalhos, em que pese seu brilhantismo jurídico e sua lição histórica. Princípios antagônicos (formulados antagonicamente, inclusive) são postos lado a lado. Eles marcam duas tendências claramente definidas, dois projetos políticos diversos. Um deles havia de prevalecer. O que efetivamente aconteceu: sobreveio a ditadura getulista a partir de 1937".³⁶

Percebe-se que o constitucionalismo brasileiro possui marcas indelévels de suas particularidades. Isto fica patente quando se percebe que nossa primeira constituição social consagrou os direitos sociais de segunda dimensão de cima para baixo, e não a partir de revoltas e lutas sociais. Não se quer dizer, com isso, que não houve revoltas e insatisfações populares, apenas que do mesmo modo que tivemos um constitucionalismo absolutista, que combinava interesses imperiais e liberal-econômicos, depois tivemos estes mesmos interesses liberais combinados com direitos sociais impostos pelo poder estabelecido, e não contra ele propriamente dizendo, poder este que, por mais que sofrera alterações significativas, jamais deixou de ser centralizado e pouco democrático.

As disputas entre os mais diversos grupos, natural daquele tempo e consequência dos ideais modernos de liberdade, laicização e separação entre Estado e Sociedade, tiveram como resultados mais comuns na Europa e Estados Unidos da América a crença na divisão e limitação do poder.

Não que não houve nesses lugares, especialmente na Europa, governos ditatoriais, mas eram vistos com muita salvaguarda e encarados como períodos de exceção, enquanto aqui aceita-se muito mais facilmente a caracterização destes governos como necessários,

³⁶ BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 326.

mostrando-se como a melhor, quer dizer, a única solução para as crises institucionais e sociais.

Uma evidência disto que se afirma é que vemos em outros países várias rupturas na organização estrutural do governo e da sociedade, sempre com avanços e retrocessos, em que governos de cariz autoritário e democráticos sucedem-se no tempo, enquanto aqui, pelo que temos mostrado, apesar de grandes avanços e conquistas de direitos fundamentais, períodos democráticos foram muito mais escassos.

Isto se deve ao fato de que, aqui, todas as forças que se enfrentavam acabavam por enxergar no autoritarismo a única saída para preservar e proteger seus múltiplos interesses, especialmente contra a ameaça comunista. É este cenário que vai propiciar o rompimento da ordem até então estabelecida e a criação do Estado Novo, com a Constituição de 1937:

"A insurreição comunista foi o estopim para um conjunto sucessivo de medidas repressoras que finalmente instituiriam uma ditadura sem apelidos temporais como o governo provisório. (...) O espectro do comunismo rondava as mentes liberais e conservadoras brasileiras em 1935, transformando o discurso político. O fantasma foi sendo exorcizado paulatinamente mediante a decretação do estado de sítio, as prisões de lideranças de esquerda, a criação da Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo e o Tribunal de Segurança Nacional que de exceção deveria ser chamado se todo o governo provisório não o fosse".³⁷

O princípio básico que fundamentou este golpe e a constituição que lhe deu contornos jurídico-formais foi o de que a sociedade necessitava de organização, e que esta, inclusive, se fazia tão urgente que dispensava anseios de participação. Foi assim que Getúlio Vargas restringiu somente à sua própria pessoa o poder de elaboração do novo diploma constitucional. Este, por óbvio, mostrava-se extremamente antidemocrático, ou, dito mais propriamente, ditatorial.

Dentre as disposições que explicitam este fato, podemos destacar os artigos 171, que versava que a Constituição deixaria de vigorar, nas partes indicadas pelo Presidente, na vigência do estado de guerra; 168, que autorizava o Presidente, em caso de estado de

³⁷ MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 299-301.

emergência, tomar medidas que restringiam a liberdade de ir e vir, de reunião, de promover buscas e apreensões e de censurar correspondências e todas as comunicações, orais e escritas; 170, que diz que os atos praticados durante o estado de emergência ou de guerra não poderiam ser apreciados pelos juízes e tribunais.

Além disso, esta Constituição, que concentrou todo o poder nas mãos do Poder Executivo, suprimiu os partidos políticos, instituiu a pena de morte, extinguiu a liberdade de imprensa, anulou a independência dos Poderes Legislativo e Judiciário, restringiu as prerrogativas do Congresso Nacional e previu a possibilidade de prisão e exílio de opositores do governo.

Deve-se destacar também que a Constituição de 1937 foi a primeira do Brasil que não encontrou respaldo em nenhum debate ou decisão constituinte, ou seja, foi a única em que o trabalho de representação popular foi totalmente dispensado, porque mesmo a Constituição de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes³⁸.

Outros dois fatos, não menos relevantes, sobre a Constituição de 1937, devem ser aqui considerados, posto que também nos ajudam a melhor compreender o pano de fundo sobre o qual se desenvolve nosso constitucionalismo.

Primeiro, o fato de o texto da Constituição de 1937 não ter sido cumprido, salvo no que diz respeito aos dispositivos que serviam aos interesses imediatos do poder. Todo o resto foi praticamente dispensado, como, por exemplo, uma de suas principais disposições, a qual versava que deveria ter sido feito um plebiscito que teria o condão de referendar o diploma constitucional³⁹.

O outro fato, intrinsecamente ligado a este, compõe o quadro de justificativas – ou sua tentativa – para sua ocorrência, ou seja, para o não cumprimento do texto constitucional. Trata-se do clima de instabilidade política e social, que cria situações de crises e, nestas,

³⁸ Como adverte Paulo Bonavides, sobre esta Constituição: “Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembleia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado” (BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 345).

³⁹ BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 348.

argumenta-se que é preferível garantir a ordem a cumprir a Constituição, pois esta de nada adianta sem aquela.

Estamos falando, neste sentido, de um dos principais artifícios utilizados para criar e fomentar este clima de crise que garante o exercício do poder sem parâmetros nas regras constitucionais ou no próprio direito, que é o da propagação de conteúdos falsos e da promoção massiva de sentimento de desespero, angústia e medo, que levava as massas a concluírem não só pela legitimidade, mas também pela necessidade primordial da concentração do poder nas mãos da pessoa ou instituição que poderia afastar a nação dos perigos reais e dos seus mais temidos inimigos⁴⁰.

Última questão a ser destacada em relação à Constituição de 1937 e seu contexto é a política clientelista que ali é instituída e que gera efeitos nefastos até hoje em nosso país.

As medidas tomadas pelo Poder Executivo no intuito de reconhecer e efetivar direitos sociais, além de requerer do governo uma atitude mais proativa em relação à sociedade como um todo, permitiu que a grande massa constituída por pessoas que antes estavam à margem das preocupações dos detentores do poder se sentisse protegida e, em razão disto, se identificasse com Getúlio Vargas, o primeiro a tomar medidas efetivas, ou seja, a efetivar direitos sociais.

Estes direitos fundamentais de segunda geração, então, ao contrário do que ocorreu em países como México, França, Alemanha e outros, foram resultado mais de uma “concessão” do governo que resultado de lutas e revoltas populares, ou seja, o processo de conquista de tais direitos, afora a influência internacional e as tensões sociais internas, não se deu de forma tão violenta quanto na maioria dos países que nos influenciam a respeito destas questões.

Muito desta postura do governo se explica se pensarmos em seu aspecto antidemocrático e ânsia em concentrar o poder. Apesar de a classe propriamente operária

⁴⁰ O principal exemplo do que estamos falando é o plano Cohen. As eleições para 1938 já estavam marcadas para se escolher o sucessor do governo provisório de Vargas, que não pretendia deixar o poder. Mas isto estava já previamente arquitetado com as oligarquias e um novo golpe parecia difícil. Eis que surge, então, a “divulgação do plano Cohen, obra de ficção da lavra do Capitão Olímpio Mourão Filho que, à época, travestiu-se de Cohen e comunista para assinar sua obra ficcional cujo objetivo era justificar maior repressão aos comunistas ou até mesmo o próprio golpe. No documento assinado por Cohen (Mourão Filho), relatava-se um plano insurrecional de comunistas e suas consequências como massacres, saques, depredações, incêndios de igrejas. Não se sabe ao certo se o documento foi elaborado já com a intenção de justificar-se o golpe ou se após a sua elaboração o governo deu-se conta de sua serventia” (MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 302).

ainda ser incipiente naquele momento, a grande maioria dos trabalhadores vivia, nas cidades e no campo, sob péssimas condições de vida, ao passo que tomava conhecimento das revoltas populares no âmbito internacional que sucederam as revoluções burguesas e suas consequências.

A postura do governo de Getúlio Vargas foi a de uma política de aproximação das massas sofridas, oferecendo-lhes melhorias significativas que tinham um duplo efeito: (1) limitavam o ímpeto violento causado pela insatisfação com sua situação e (2) criava uma ligação forte com estas pessoas, a maioria da população, ganhando seu apoio direto e, também, o apoio indireto das classes mais abastadas, que preferiam ver alguns direitos reconhecidos para aquelas classes a ter suas benesses arriscadas.

O resultado é uma política clientelista que se instituiu através da unidade sindical e da hierarquização dos sindicatos⁴¹, que foram possíveis a partir da criação de um imposto sindical que obrigava cada trabalhador a pagar anualmente para o sindicato o valor de um dia seu de trabalho.

A arrecadação destes recursos ficava toda centrada no governo, que o repassava aos sindicatos, deixando estes na dependência daquele. Mais do que proporcionar um equilíbrio entre a ideologia liberal e a ideologia social, como deveria ser a proposta verdadeiramente compromissada com os ideais constitucionalistas democráticos, a concentração de poder no Executivo fez com que este assumisse mais o papel de grande gestor do medo gerado por especulações e carência de sentimento nacionalista e integração social, tornando-se cada vez mais poderoso e ilimitado⁴². Isto fica claro quando, por exemplo, Getúlio Vargas, em 1937,

⁴¹ “A primeira medida objetivava impossibilitar um pluralismo que proporcionasse dissidências e consequentemente maior dificuldade no controle, já a hierarquização fundava-se no mesmo elemento de controle, já que diante de uma estrutura hierárquica seria mais simples controlar os que ocupavam os postos superiores e que estes liderassem ou subordinassem os inferiores” (MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 304).

⁴² “O Estado brasileiro, em sua nova concepção, ou seja, o Estado Novo, estava perfeitamente retratado nas palavras do seu próprio ministro da Justiça quando repetia em outros termos as ameaças que voto e liberdade não enchem barriga de ninguém, ao considerar que ‘o princípio de liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança’, e que ‘só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura’” (BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 352).

proíbe a greve dos trabalhadores, mas também proíbe a interrupção da produção e prestação de serviços pelos empregadores (*lockout*)⁴³.

A ditadura de Getúlio Vargas sofre grande abalo com a derrocada dos regimes totalitários e ditatoriais europeus, a qual foi responsável por uma forte onda de movimentos para a retomada dos ideais democráticos, que tiveram grande influência também no Brasil. Somado o alastramento desta influência com a insatisfação reinante especialmente nas classes de maior poderio econômico, que tiveram muitos de seus interesses liberais restringidos, o presidente é afastado do poder em 1945.

Restabelece-se no Brasil um governo republicano que pretende atender aos anseios democráticos. O Congresso é eleito, assume as tarefas de uma assembleia constituinte, e é promulgada a Constituição de 1946.

O novo diploma constitucional tem como principal função proporcionar a retomada da democracia e sua estrutura se adapta a este propósito. Em termos de organização do Estado é restabelecida a independência e equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo sido incorporada neste a Justiça do Trabalho. Além disso, têm-se outras normas de grande importância, como a estipulação de eleição direta para presidente da República e a defesa da pluralidade partidária.

No que diz respeito às tensões ideológicas que perpassavam há tempo as relações sociais de um modo geral, não só no Brasil, mas em todo o mundo ocidental que tanto nos atinge com suas influências, ou seja, o conflito entre ideais de cunho liberal e respostas de cunho social às suas consequências, a Constituição de 1946 mostrou-se bem satisfatória.

Apesar de preponderar o ideário liberal, da garantia e defesa dos direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, mais diretamente ligados à proteção do indivíduo frente ao arbítrio estatal, direitos de segunda dimensão não faltaram, e de modo geral a compatibilização entre eles se mostrou mais bem estruturada que em qualquer outra constituição antecedente⁴⁴.

⁴³ MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 305.

⁴⁴ Cf. MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 311-313 (Col. Direito vivo).

Apenas como exemplo, vale destacar o tratamento dado ao direito de propriedade. Esta foi reconhecida como direito individual, mas que deveria atender à função social e, caso não o fizesse, poderia ser desapropriada, com indenização justa e prévia. Até aí, nenhuma novidade, esta ficou por conta de estabelecer que a indenização só poderia se dar em dinheiro, ou seja, um meio-termo satisfatório entre o excesso de proteção do direito à propriedade e seu total desrespeito pelo Estado.

Mas o que mais importa para o presente trabalho é mostrar que, apesar da normatização deste equilíbrio e de todas estas conquistas necessárias para a consecução de uma sociedade democrática, isto não se efetivou na prática, tanto que este período durou menos de vinte anos, sendo sucedido por outro período ditatorial, quando do golpe de 1964. Para a indagação de quais motivos e ordem de fatores levou a isso, isto é, um texto constitucional formalmente democrático, mas que não teve êxito em sua aplicação, diz-nos Paulo Bonavides:

A resposta, em parte, parece ter sido dada na análise da Constituição de 37. Vargas foi Presidente durante 15 anos ininterruptos, 8 dos quais como ditador de fato. Os jogos e intercâmbios políticos, que tinham seu canal natural de expressão – o Parlamento – coarctados, acabaram por penetrar todas as camadas da burocracia, fazendo com que as decisões políticas ganhassem cada vez mais um caráter intransparente, espesso e incontrolável. O corporativismo alastrou-se por todos os níveis da sociedade. Com isso, o Poder Executivo tomou ares imperiais, inchando de modo a hipertrofiar o Legislativo e o Judiciário⁴⁵.

O que tínhamos, então, em 1946 era uma proposta de restabelecer a democracia, com uma constituição de viés fortemente liberal, mas que também não só contemplou vários direitos sociais, como os equilibrou com os de primeira dimensão; entretanto, a herança de concentração de poder em nossa história e a ausência de ampla participação popular na discussão destes assuntos fizeram com que o projeto constitucional não vingasse, porque não era fruto da realidade social, mas sim uma tentativa de intervir nesta.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 415.

A consequência de tudo isto é que não conseguimos realmente implementar um Estado Social e, podemos até dizer, sequer conseguimos realmente consolidar um Estado Liberal em que o poder econômico chegou a restringir de forma contundente a organização do Estado e a atuação deste nas esferas sociais. Na verdade, apesar de ter sido um momento menos tirano na história do Brasil, a terceira república não conseguiu harmonizar todos os interesses conflituosos e, assim, oferecer uma base sólida e duradoura para o desenvolvimento de uma sociedade democrática.

Sobrevém outro período ditatorial com o golpe dos militares em 1964. Estes retomaram os velhos argumentos de necessidade de unificar a sociedade e o país e que isto requeria a concentração do poder, para o bem de todos. O então Presidente Castello Branco instituiu, no lugar de uma assembleia constituinte, para a criação da Constituição de 1967, um Poder Constituinte Congressual, o qual tinha por intuito primevo evitar a convocação de uma assembleia constituinte popular.

E, se antes mesmo da Constituição de 1967 os militares vinham governando através de atos institucionais e decretos-leis, após a sua promulgação, em 1969, foi criada a Emenda nº 1, que nada mais fazia que entregar totalmente a Constituição ao poder instaurado, concentrando todo o poder no Executivo, e deixando sem qualquer efeito prático o que mais importa numa constituição, isto é, o reconhecimento, garantia e efetividade dos direitos fundamentais⁴⁶.

Acontece que este período, mesmo em toda a nossa tradição de concentração de poder, de perpetuação de instituições e ideologias de forte caráter absolutista e reacionário, mostrou-se como o mais violento e arbitrário. A população não suportou tamanhos desrespeitos, assim como a comunidade internacional também não podia compactuar com este cenário. Urgia uma transição democrática e, na percepção de que não haveria outro caminho possível, aos donos do poder só restou protegê-lo com todas as forças.

2. O Estado Social Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988

⁴⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 433-448.

A ruptura deste último período antidemocrático mostrou-se, assim, a mais difícil e também a mais violenta. Porém, talvez tenha sido a que mais congregou a sociedade brasileira a unir-se em um ideal comum: buscar, efetivamente, uma mudança total nos quadros da organização e exercício do poder, de modo não só a limitá-lo de forma séria e efetiva, mas também de implementar, para além dos direitos de cunho social mais impostos que conquistados, um verdadeiro Estado Social, o qual agora teria que carregar o epíteto de democrático.

A transição democrática culmina na promulgação da Constituição Federal de 1988, que tem por missão precípua retomar os poucos passos dados com a Constituição de 1946 e alargá-los.

A Carta Magna de 1988 foi resultado dos embates internos contra o governo ditatorial, e teve muita influência de todo o movimento constitucionalista que acontecia tanto na Europa como no continente americano. Deste modo, as constituições sociais que aqui já apresentamos tiveram também muita importância.

Acontece que, apesar de a população ter se unido contra a ditadura, não ocorreu o mesmo quanto aos anseios mais fundamentais a partir da institucionalização da república. Esta luta não foi capaz de diminuir consideravelmente as tensões e desequilíbrios que marcam constitutivamente a sociedade brasileira.

Aliás, é forçoso salientar que durante a ditadura militar as disparidades econômico-sociais aumentaram vertiginosamente, consequência de muita corrupção e concentração de rendas.

A ditadura foi vencida. Restava, então, efetivar o Estado Social. Esta afigura-nos a principal preocupação da nova Constituição, e é por isso que esta erigiu-se de forma analítica, reconhecendo extenso rol de direitos, de primeira, segunda e terceira dimensões, assim como vários mecanismos e institutos jurídicos aptos a promover sua defesa e efetividade.

Nos quase trinta anos decorridos da promulgação da Constituição de 1988, esta já passou por inúmeras emendas, as quais, na visão de alguns, já até comprometeram seu projeto inicial, já sofreu também inúmeros ataques e tem sediado as mais diversas disputas e discussões.

As disputas em torno da Constituição se dão basicamente a respeito de sua própria efetividade, em relação aos atores encarregados mais diretamente disto. Mas há algo novo na estrutura e organização dos poderes que faz toda a diferença, a criação de uma Jurisdição Constitucional.

Se, como já salientado acima, não houve no Brasil revoltas e guerras que tiveram tanto êxito quanto em outros países na consecução de direitos fundamentais, ao menos agora o país seguiu – a seu modo, claro, e com vários problemas que serão desenvolvidos posteriormente – a tendência mundial, no que diz respeito à organização da estrutura estatal, levando em consideração a divisão e limitação do poder, assim como o compromisso com o Estado Social, de transferir o centro decisório dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário.

Todas as tensões e conflitos que perpassam as estruturas e relações sociais, tanto dos indivíduos com o Estado quanto entre eles mesmos, vão sendo, pouco a pouco, cada vez mais judicializadas. Este é um fenômeno que acontece em todo o mundo, especialmente devido à criação das Cortes Constitucionais, em que estas devem dar a decisão última sobre a interpretação e aplicação da Constituição.

É neste contexto que o Supremo Tribunal Federal, especialmente, e todo o Poder Judiciário vêm assumindo um papel cada vez mais proativo naquilo que diz respeito às medidas necessárias para o cumprimento das promessas constitucionais. Isto tem gerado, além de problemas e crises institucionais, fortes discussões sobre essa proatividade, sendo esta ora totalmente apoiada e vista como o caminho mais correto, ora vista como algo inadmissível e extremamente perigoso, passando por várias possibilidades conciliatórias entre estes extremos.

Enfim, o que se quer ressaltar é que existe este fenômeno de concessão ao Poder Judiciário de certo destaque em relação aos demais Poderes e que isto, mais do que de ser considerado bom ou ruim, deve ser melhor compreendido.

Foi com este intuito que buscamos realizar mais que uma simples descrição histórica do que seria nosso constitucionalismo, promover uma melhor compreensão de seu desenvolvimento, mostrando suas influências mais destacadas, mas também seus desenvolvimentos próprios, condicionados pela nossa realidade política, histórica e social.

Agora que conseguimos delimitar o âmbito de desenvolvimento dos problemas centrais que assolam a atuação de todo o Estado na aplicação da Constituição, e principalmente a nova conformação de sua estrutura, com preponderância do Judiciário, podemos passar à análise mais concreta de como isto se desenvolve, quais os mecanismos para este fim desenvolvidos e como as principais discussões em relação a estes assuntos estão colocadas.

Esta compreensão mostra-se fundamental, pois, como se pretende deixar claro nos próximos capítulos, a filiação a esta ou àquela corrente, antes de tudo, depende da compreensão que se tem do problema e suas dimensões, assim como, posteriormente, também condiciona como se deve aplicar a Constituição e quais os limites para esta aplicação. Ou seja, não há consenso quanto a isto, e nem seria possível obtê-lo, não sendo, portanto, este o objetivo do presente trabalho, mas sim mostrar que muito do dissenso é derivado da má compreensão dos problemas mais fundamentais que estão em jogo no cumprimento da Constituição e que se podem minorar tanto as disputas quanto seus efeitos nefastos.

CAPÍTULO II - DIVERGÊNCIAS EM TORNO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. A jurisdição constitucional e a supremacia da Constituição

Antes de adentrarmos na discussão entre as posturas substancialistas e as procedimentalistas no que diz respeito ao modo correto de se interpretar e aplicar a Constituição, interessa-nos mostrar como este debate surgiu e se desenvolveu. Além do mais, importante deixar claro que o interesse não é esgotar o assunto aqui desenvolvido, mas apenas apontar algumas questões e rumos que se afiguram extremamente relevantes para o aporte teórico e corte metodológico aqui operado.

O desenvolvimento da jurisdição constitucional tem como sua principal causa o debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, e é sobre alguns aspectos desta controvérsia que iremos tratar no presente tópico, sem pretensão alguma de esmiuçar toda a querela, a qual se mostra tão extensa quanto complexa.

O que nos interessa são alguns dos principais argumentos levantados neste debate e seus desenvolvimentos, para que se possa evidenciar a importância que assume a jurisdição constitucional e, principalmente, os aspectos mais relevantes daí decorrentes, para que fique claro o pano de fundo que deve ser levado em consideração nas questões aqui fundamentais, a serem desenvolvidas, posteriormente, nos dois últimos capítulos.

Primeiramente cumpre destacar que a jurisdição constitucional envolve atualmente uma série de mecanismos e estruturas próprias de cada país e modelo por este assumido, mas possuem um elemento em comum, no que diz respeito à sua função principal: dar a última resposta nas questões que envolvem a interpretação e aplicação da Constituição, de modo a resguardar e efetivar de modo correto seu conteúdo.

Sem adentrar em discussões sobre o que seria o conteúdo da Constituição, o que ultrapassaria os limites deste trabalho, assumimos aqui que a aplicação e defesa daquele possui como mote principal a proteção de direitos e garantias fundamentais, os quais mostramos no primeiro capítulo, que se confundem com a própria noção de constitucionalismo e como foram integrados no nosso ordenamento. Sem falar que qualquer Estado que se proponha como democrático e de direito não pode buscar a pacificação social

através de desrespeitos aos direitos fundamentais, uma vez que estes – e o próprio constitucionalismo – só se desenvolvem como resultado de tentativas de se restringir o acúmulo e abuso do poder por parte do Estado.

Entretanto, se esta concepção de jurisdição constitucional foi a que prevaleceu no mundo ocidental, a própria ideia de uma Corte decidir sobre as questões mais importantes do Estado e da sociedade era não só discutível há algumas décadas como, quando formulada esta ideia por Kelsen, foi rechaçada de forma veemente por Schmitt.

Schmitt entende que o guardião da constituição não poderia ser uma corte constitucional, mas sim o chefe do Poder Executivo, e isto deve-se muito à sua compreensão do que é o Estado⁴⁷ e das funções que este deve desempenhar perante a sociedade, sendo extremamente importante, para isto, compreender a essência do político, posto que desta decorre a atuação daquele.

Nesse sentido, toda a crítica que o jurista alemão faz ao positivismo que predominava na Alemanha à sua época

estava claramente ligada a uma rejeição muito mais ampla do autor em relação a toda uma estrutura estatal que ele fatalmente caracterizava como burguesa. Para um pensador que tinha convicção de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político, a pretensa neutralidade do positivismo de Laband e da Teoria Pura de Kelsen não passava de um reflexo disfarçado dos ideais liberais na filosofia política e jurídica, visando garantir a segurança e liberdades burguesas perante o Estado. É principalmente a partir de sua visão antiliberal que Schmitt construirá seu *Der Hüter der Verfassung* (O Guardião da Constituição)⁴⁸.

A essência do político estava, para Schmitt, diretamente ligada àquilo que mantém um povo unido enquanto povo, e esta era a principal função do Estado, a qual deveria ser desempenhada pelo soberano, ou seja, aquele que se confunde com o próprio Estado enquanto seu chefe. Deste modo, o autor defende que o Estado, enquanto responsável pela unidade política de determinado povo, tem sua existência antes da Constituição, posição radicalmente oposta à de Kelsen.

Portanto, se para Kelsen o Estado e a Constituição são simultâneos, de modo que um deve sua existência reciprocamente ao outro, para Schmitt há uma precedência do Estado, o

⁴⁷ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 43.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XI.

qual, posteriormente, cria a constituição e também zela pela sua aplicação correta, na figura de seu representante, que é o chefe do Executivo. Ou seja, a constituição não é, para Schmitt, a fonte da unidade política, mas uma forma que o soberano, responsável primeiro por aquela, encontra na tentativa de expressá-la⁴⁹.

Sendo assim, o soberano, no desempenho de sua função máxima, isto é, garantir e zelar pela unidade política, não deve – nem pode – ser limitado ou restringido pelos direitos e garantias fundamentais. Estes são resultado do pensamento ou ideologia liberal, a qual colocava em risco toda a unidade política, assim como a tradição e cultura germânicas, e que deveria justamente ser combatida por um soberano forte e centralizado.

A constituição, portanto, deveria expressar a forma de vida do povo, não lhe sendo possível reconhecer um catálogo de direitos individuais ou sociais que teriam o condão justamente contrário de manter sua unidade, sendo que tais direitos poderiam ser invocados contra o próprio Estado, pressupondo a divisão liberal entre este e a sociedade.

Deste modo, se os direitos e garantias fundamentais colocam em risco a unidade política do povo, faz todo sentido, na teoria schmittiana, que a defesa destes não possa se sobrepor à principal função do Estado e, então que um órgão – a corte constitucional – não possa tomar decisões que obriguem e restrinjam sua atuação. Pois, se isto ocorresse, haveria um desequilíbrio entre as funções, de modo que o Poder Judiciário alcançaria uma dimensão e concentração de poderes que colocaria em risco toda a estrutura social e mesmo constitucional, subvertendo a unidade política, garantindo direitos individuais coadunados com a ideologia liberal em detrimento daquela⁵⁰.

Vale destacar que a realidade alemã na época era a de uma crise econômica decorrente da derrota na Primeira Guerra Mundial, sem falar de uma crise nas searas moral, religiosa e social que se expandia mundo afora, e que o autor identificava como intrinsecamente ligada à promoção dos valores e ideais liberais. Este novo modelo de vida que se impunha por onde passava, colocava em risco a própria identidade alemã, sua história e tradição e, consequentemente, seu povo.

A defesa do povo alemão, em relação a esta ameaça externa que se mostrava cada vez mais premente, enquanto destinada ao presidente do Reich, ou seja, o chefe do Poder

⁴⁹ DI LORENZO, Wambert. O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 23, p. 335-357, 2001.

⁵⁰ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XI.

Executivo, que encarnava em si a figura da soberania, somente poderia ser levada a cabo se o soberano se identificasse com esta própria defesa.

Na construção de um sistema que girava em torno desta questão fundamental, Schmitt estabelece que toda ação do Estado deve estar pautada nessa necessidade premente de se defender a unidade política de um povo. Mas, qual o critério para se fazer esta distinção política fundamental e primeva, aquela que traça os limites de um povo em relação aos demais, os quais poderá, então, se diferenciar?

Para Schmitt, “a distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo”⁵¹. É necessário compreender o que isto quer dizer no pensamento deste autor, quais seus pressupostos e também as consequências. Esta decisão, entre amigo e inimigo, é a decisão fundamental no que tange ao político, ou seja, é a decisão mais importante, e isto porque se liga à razão de ser da política: a possibilidade última da guerra.

Nesta contraposição existem quatro características fundamentais, sendo que

a primeira seria que a distinção amigo/inimigo constitui um elemento originário, ou seja, a confrontação proposta não é resultado de uma série de situações que se pode definir como políticas, mas, pelo contrário, constitui a premissa para poder qualificar tais situações como políticas. (...)

Em segundo lugar, o dualismo amigo/inimigo é uma parêntese de categorias autônomas, que não pode ser comparada a dicotomias de outras espécies, como da moral, da estética ou da economia. (...)

Os conceitos amigo e inimigo são antitéticos, é dizer, que se excluem reciprocamente e são exaustivos. Enquanto antitéticos, os conceitos definem um ao outro através da negação e da contraposição em relação ao outro. (...) enquanto antitéticos, não é possível se criar um meio-termo para amigo e inimigo.

Por fim, a quarta característica seria a de que na dicotomia há um conceito mais forte que o outro, no caso, o de inimigo, pois a partir dele é que se consegue atingir a contraposição ao conceito de amigo⁵².

Pode-se mesmo dizer que é a partir da concepção de inimigo que se ergue toda a estrutura e organização político-social, sendo que um povo se reconhece enquanto tal a partir da premissa de reconhecerem os outros – os de fora – como inimigos em comum. E justamente para a proteção do povo, que assim se constitui nisto que é a “realidade” da

⁵¹ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 32.

⁵² ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 97-98.

política, que se deve estruturar seu representante, responsável pela sua unidade, organização e, principalmente, segurança, especialmente diante de ameaças externas.

Acontece que dentre as várias ameaças que podiam ser reconhecidas à época, uma é de extrema importância na construção teórica de Schmitt, qual seja, o risco de se perder a unidade do povo num sistema político pautado por noções como a de representatividade resultante do desenvolvimento da democracia moderna, representativa, e da separação de Poderes.

Tais mecanismos, que foram criados e aperfeiçoados no âmbito de ascensão do Estado Liberal, tinham por finalidade justamente possibilitar a limitação do poder e de seu exercício pelo Estado, de modo que a burguesia ficasse livre de sua intervenção no âmbito social-econômico. Era contra este ideal que se insurgia Schmitt com sua teoria, pois era isto que permitia a expansão de um modelo político-econômico que ameaçava a cultura e tradição germânica.

Havia já críticas ao modelo tradicional de separação dos Poderes, as quais decorriam principalmente do desenvolvimento do Estado Social que, como descrevemos no primeiro capítulo, tinha que adotar uma postura de maior participação na vida social, com maiores interferências em questões e demandas que, até então, no Estado Liberal, deveria se abster o máximo possível.

Entretanto, tais críticas acabaram não por reforçar a ideia precedente de um poder soberano forte e centralizado, mas sim a ensinar novos modos de conter agora até mesmo o poder das maiorias, fossem estas entendidas de modo quantitativo ou qualitativo, em que um dos Poderes acabava por usurpar atribuições dos demais. De modo que a consequência foi uma crescente “judicialização” destas tensões, cabendo cada vez mais ao âmbito do judiciário resolver, em última instância, questões de foro mais político que jurídico⁵³. E isto com o ímpeto não de extinguir a velha separação de poderes simplesmente, mas de possibilitar sua melhor distribuição e aplicação, esperando-se da atuação judicial, especialmente na tradição do *common law*, uma preponderância desta instituição da defesa da Constituição.

Podemos dizer, então, que Schmitt combatia tanto a divisão dos Poderes quanto a concentração da força política no Legislativo⁵⁴ ou no Judiciário⁵⁵. E isto porque os dois

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 157-159.

⁵⁴ “Com a consolidação da democracia de massas, Schmitt afirma que o parlamentarismo tornou-se inviável, pois não há nenhuma força política capaz de se colocar acima das forças sociais que se digladiam no

resultavam de uma ideologia que concebia a possibilidade de convivência entre grupos os mais variados possíveis, cada um defendendo suas pautas perante os demais, seja na esfera mais propriamente política, seja na esfera judiciária, invocando direitos e garantias fundamentais. Enfim, tudo isto colocava em risco a unidade política, e daí, consequentemente, resultava o enfraquecimento do poder sem soberania.

Assim, quem poderia resolver o problema, se enfraqueceria com ele, constituindo uma crise que somente se expandia, alimentando a si mesma. Para conter esse avanço, a aposta era a recuperação de uma estrutura política estruturada sobre a velha concepção de um soberano forte e centralizado, único apto a representar a decisão originária de um povo, materializada no presidente do Reich⁵⁶.

O chefe do Poder Executivo, na verdade, seria bem mais que apenas o representante deste Poder, mas deveria, enquanto aquele que materializa e representa a decisão fundamental de um povo, que garante e preserva sua unidade, constituir-se como “supremo legislador, supremo juiz e supremo mandatário, última fonte da legalidade e última base de legitimidade”⁵⁷. O que deve ficar claro é que todo este poder decorre do fato de que

A dicotomia entre amigo e inimigo é que dá, então, a tônica da existência de um povo, pois a identidade de um coletivo é determinada pela confrontação e pela luta contra um inimigo comum, ou seja, um povo pode se considerar unido politicamente quando todos os seus membros possuem os mesmos inimigos e os combatem e, por outro lado, que a derrota e o aniquilamento do inimigo podem confirmar a existência de um grupo de homens constituídos em um povo, surgindo, assim, a essência da política⁵⁸.

Schmitt compreende a essência da política como esta capacidade de identidade, de vínculo entre os indivíduos que compõem um coletivo social a partir do reconhecimento de um inimigo em comum, isto é, de um grupo externo. Este grupo é diferente daquele e suas

Parlamento” (BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 79).

⁵⁵ De acordo com Bercovici, “como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para Schmitt este problema é da legislação, não da justiça (...) Carl Schmitt entendia que o controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista, em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais” (*Idem*, p. 75).

⁵⁶ *Ibidem*. p. 81.

⁵⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 97.

⁵⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 98.

relações não têm que ser, necessariamente, de guerra, mas são sempre pautadas por esta possibilidade última.

Se assim o é, há dois tipos de relações entre os indivíduos, aquelas que se dão entre os indivíduos de um mesmo grupo, isto é, povo, e aquelas que se realizam entre este povo e outros povos ou, melhor dizendo, relações entre países. Estas relações se mostram completamente diferentes, posto que as ligações entre os indivíduos em cada uma delas se dá de modo totalmente diferente.

Enquanto componentes de uma unidade, o País, seus indivíduos devem se compreender enquanto amigos, os quais assim se reconhecem porque podem ver nos outros países os inimigos, ou seja, outros grupos com os quais se relacionam de vários modos, especialmente economicamente, mas que, em última instância, podem tais relações chegar a impasses que somente podem ser resolvidos em guerras.

É a partir desta construção que Schmitt vai poder fazer uma distinção entre a política interna e a política externa. Mas, para o autor, referindo-se ao mundo antigo, “a política no sentido lato, a alta política, naquela época era somente a política externa, realizada por um estado soberano enquanto tal, diante de outros estados soberanos reconhecidos por ele como tais”⁵⁹.

Na verdade, somente esta alta política é que deve ser reconhecida como tal, enquanto que a “política” – entendendo-se esta como relações entre amigos e inimigos – interna seria a própria perversão da política, o que a impossibilitaria ou a levaria ao fracasso, posto que o Estado constituir-se-ia de modo fragmentário, e não como uma unidade forte e coesa, preparado, então, para a guerra como possibilidade final de suas relações no âmbito internacional. É por isso que “a distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo”⁶⁰.

Esta distinção, que é fundamental, a mais originária, não resulta de nenhuma outra distinção, mas precede todas. Aliás, quaisquer que sejam as oposições que determinem e condicionem as relações sociais, que podem ser religiosas, morais ou econômicas, o que realmente interessa, do ponto de vista da alta política, é se há possibilidade ou presença real

⁵⁹ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 32.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 51.

da distinção amigo-inimigo, independentemente dos motivos humanos capazes de provocá-la⁶¹.

O que se quer dizer com isto é que o inimigo não deve, necessariamente, ser visto como mau, como criminoso ou como uma ameaça iminente, mas que esta categoria é fundamental para se aferir o vínculo mais intrínseco à relação entre os indivíduos, ou seja, se os indivíduos estão ligados, obrigados entre si, ou se estão separados, se não perfazem uma relação de mútua necessidade embrionária, apesar dos interesses que os façam relacionar-se⁶².

Outro ponto que se faz mister frisar é que os conceitos de amigo e inimigo, enquanto antitéticos, não suportam a criação ou desenvolvimento de um meio-termo entre eles⁶³, sendo que ou se é inimigo ou se é amigo. E, desta forma, somente há a alta política nas relações entre amigos e inimigos, e jamais entre amigos, isto é, dentro do mesmo grupo que se deve compor de forma coesa e unânime em sua expressão perante os demais.

É por isto que um povo deve ser constituído de modo que se expresse sua decisão fundamental e, principalmente, que esta seja garantida e protegida. O modo como se estruturava o sistema político interno àquela época se dava de modo contrário a isso, sendo que imperava a defesa, na composição do Estado, de várias ideologias e posturas diversas entre si, que buscavam mais marcar seus pontos irredutíveis que uma composição harmônica.

Isto se refletia no aumento do número de partidos políticos e de grupos minoritários que tentavam assegurar direitos diante do restante do corpo político, de modo que este se configurava de maneira cada vez mais fragmentária, refletindo o deslocamento de forças ora para o Poder Legislativo, ora para o Judiciário, com o conseqüente enfraquecimento e esvaziamento do Executivo.

Toda esta ideologia remonta a toda uma tradição de lutas por direitos e espaço político, econômico e social, com base em valores fundamentais como os ideais de igualdade e liberdade que conformam a Modernidade e os mecanismos que vinham, para efetivar tais ideias, sendo criados e defendidos, como a separação de poderes e os freios e contrapesos entre eles. Tudo isto alicerçado na grande separação oriunda da modernidade e seus anseios de liberdade entre Estado e sociedade.

⁶¹ SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 62.

⁶² Idem, *ibidem*, p. 52-54.

⁶³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

Justamente contra toda esta ideologia, que proporcionava o desenvolvimento da dissolução interna do Estado a partir da perversão da alta política, o que colocava aquele em risco, é que se estrutura a teoria de Schmitt, a qual propugna por um modelo de Estado total, um Estado que consiga se contrapor às neutralizações e despolitizações que o ameaçam, isto é,

o Estado total da identidade entre Estado e sociedade, o qual não se desinteressa por qualquer âmbito e, potencialmente, abrange qualquer área. Nele, por conseguinte, tudo é, pelo menos potencialmente, político, e a referência ao Estado não mais consegue fundamentar um marco distintivo específico do “político”⁶⁴.

Fica claro, portanto, porque em sua configuração todo o poder do Estado, melhor dizendo, sua soberania, deveria repousar nas mãos de uma só pessoa, um só indivíduo, para que tal poder não sofresse nenhuma cisão, que ficasse o mais concentrado possível. Daí que a figura do presidente do Reich confunda-se, integralmente, com a figura do soberano. Trata-se de negar toda a construção política moderna, que se mostra refém de interesses econômicos que levariam, no juízo de Schmitt, o Estado, junto com o povo alemão, sua tradição e cultura, à ruína, juntamente com todos os demais Estados que vinham passando por estas transformações.

A contrapartida necessária de o conceito de inimigo ter uma prevalência sobre o de amigo e este par consistir no âmago do político é que este pode ser definido somente a partir da guerra, não como algo necessário, iminente, mas como possibilidade, mesmo que em última instância. A guerra é, portanto, enquanto separação absoluta dos indivíduos enquanto vínculo constitutivo da unidade, do povo, “a negação ontológica do outro ser”⁶⁵.

Em outros termos, poder-se-ia dizer que se a questão essencial da política é a constituição e garantia de permanência de um povo – enquanto unidade, sua materialização ou expressão própria é um modo em que este povo ou país relaciona-se com outros sempre tendo como horizonte mais longínquo a possibilidade de guerra, uma vez que não se podem verificar laços ontológicos que interligam os indivíduos de povos diferentes, mas apenas laços secundários, econômicos, políticos ou de qualquer outra dimensão que não aquela originária, que obrigam os indivíduos de modo que estes reconheçam-se enquanto pertencentes a um só organismo, intrinsecamente interdependentes entre si.

⁶⁴ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 47.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 59.

Neste contexto, de acordo com a teoria schmittiana, a principal função do soberano, enquanto responsável principal pelo Estado, por sua instituição e também manutenção, será, especialmente, sua defesa. E esta em relação a todos os perigos que o acometem, sejam eles internos ou externos. O exercício da soberania confunde-se com a unidade do povo, que deve ser garantido enquanto “um agrupamento ontológico forte”⁶⁶.

Para que isto possa ser efetivado é tão importante para o Estado combater os inimigos, sendo estes sempre externos, quanto garantir a ordem interna, extirpando qualquer possibilidade de enfraquecimento do vínculo entre seus indivíduos e, assim, de sua unidade. Isto decorre do fato de que, para Schmitt, “o conceito de Estado pressupõe o conceito do político”⁶⁷. Aquele só tem sua existência justificada em razão deste. O Estado só tem sentido como expressão de um povo e necessidade de garantir sua autonomia em relação aos demais. Só faz sentido se for o estado peculiar de um povo, que fornece a medida em caso de decisão e, portanto, dos vários *status* individuais e coletivos possíveis, e fornece o *status* político de um povo organizado numa unidade⁶⁸.

Schmitt, em movimento contrário ao que se desenvolvia em seu país – e também na Europa e Estados Unidos da América –, nega a prevalência de direitos fundamentais sobre as decisões do Estado, sejam eles de primeira ou segunda dimensão, ao propugnar nem um Estado mínimo nem um Estado interventor no intuito de efetivar demandas individuais e sociais, mas um Estado total, totalitário, que é o responsável último pelas decisões mais importantes, sendo que o foco de todas elas deve repousar na defesa da unidade. Assim,

"quanto aos direitos fundamentais, Schmitt entende que estão fora da Constituição, pois que ela, nesse aspecto, é mera decisão fundamental sobre a forma de existência do povo. Eles são freios do poder público no Estado Liberal enquanto a Constituição visa preservar a ordem pública determinando a forma do Estado. A Constituição é superior aos direitos, pois eles não são aptos a construir a unidade política do Estado, ao contrário, enfraquecem a unidade, contrapondo a ela o interesse da liberdade individual apolítica. Se uma Constituição liberal entende tais direitos como essenciais, estes passam a integrar a própria substância."⁶⁹

⁶⁶ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 62.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 35.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 43.

⁶⁹ DI LORENZO, Wambert. O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 23, p. 335-357, 2001.

A discussão sobre o guardião da Constituição possui vários aspectos e se desdobra em múltiplas dimensões e possibilidades, mas a que mais nos interessa para o presente estudo é a que diz respeito aos direitos fundamentais. Traçamos uma linha de evolução destes no primeiro capítulo, e agora pudemos ver como estes direitos são compreendidos, por Schmitt, como a negação da própria Constituição, se interpretados separadamente desta e sua função, que para o autor consiste em instituir e manter o poder soberano, forte e centralizado.

Na verdade, o que se vê é uma tentativa de se negar os direitos fundamentais no modo como eles vinham se desenvolvendo. De forma bem simplificada, pode-se dizer que tais direitos importam no reconhecimento e institucionalização de demandas oriundas de diversas lutas sociais, provenientes de relações de poder – políticas, econômicas e sociais – em que a desigualdade de forças eram questionadas e buscava-se melhor equilíbrio na sociedade.

O reconhecimento desta possibilidade, ou seja, dos indivíduos de um mesmo Estado lutarem entre si para se atingir uma melhor configuração de suas estruturas e das relações entre seus cidadãos, é justamente contra o que se volta Schmitt, pois isto levaria o próprio Estado à falência, devido ao seu enfraquecimento interno, tornando-o incapaz de defender-se dos problemas externos.

O que resultou disto foi o Estado nazista, em que o presidente do Reich, colocando-se como guardião da Constituição, acabou por suspender os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, como medidas necessárias para que pudesse restaurar a ordem e resolver a imensa crise em que o país se encontrava mergulhado⁷⁰. Foram suspensos direitos e proteção à liberdade – individual, de expressão e pensamento, de reunião, de associação –, a inviolabilidade do domicílio, o direito de propriedade e o sigilo de correspondência.

Tudo isto foi feito sem que a própria Constituição fosse revogada e, pelo contrário, como meio de se mantê-la, uma vez que Schmitt entendia-a como expressão da unidade do povo, que deveria ser garantida pelo soberano. A rigor, portanto, nem se pode dizer, dentro da

⁷⁰ O dispositivo jurídico que deu ensejo a tal medida, sendo assim interpretado por Schmitt, foi o malfadado artigo 48 da Constituição de Weimar, que assim dispunha: "No caso de um estado não cumprir os deveres que lhe são prescritos pela Constituição e pelas leis do Império, compete ao Presidente decretar intervenção, ainda que com auxílio de força armada. No caso de perturbação ou ameaça grave à segurança e ordem pública no Império compete ao Presidente decretar as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e da segurança, mesmo com o recurso à força armada. Para esse fim, pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais dos artigos 114.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 124.º, e 153.º Essas medidas devem ser levadas pelo Presidente imediatamente ao conhecimento do Parlamento, o qual pode exigir um relatório circunstanciado acerca delas. Verificada urgência, o governo de qualquer estado pode, dentro do território deste, adoptar medidas provisórias da mesma natureza das que estão indicadas no § 2.º" (MIRANDA, Jorge. **Textos históricos de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1990. p. 277).

teoria de Schmitt, que o presidente do Reich, enquanto soberano, agindo deste modo, estava desrespeitando direitos fundamentais, nem mesmo que estava desrespeitando a Constituição ou a separação de poderes, mas estava arvorando-se naquilo que era sua função, de modo que assim o presidente do Reich acabava por tornar-se o senhor soberano do Estado⁷¹.

Todo o argumento schmittiano ignora, segundo Kelsen, a possibilidade de uma violação da constituição por parte do chefe de Estado ou de governo, possibilidade esta que pertence a uma das mais importantes especificações do artigo 48 da Constituição de Weimar. Nesta esteira, Kelsen critica a afirmação (não provada) de Schmitt de que um Tribunal Constitucional se oporia somente ao parlamento, pois tal entendimento altera o sentido da função de defensor da constituição, isto é, do controle de constitucionalidade dos atos do Estado, para o sentido de mero contrapeso do parlamento⁷².

Kelsen, por sua vez, contrapondo-se à teoria de Schmitt, no intuito de se fazer respeitar ao máximo o indivíduo, desenvolve uma teoria em que o guardião da Constituição deve ser o tribunal constitucional, sendo este criação sua. E isto somente se faz possível na medida em que se aceita pressupostos que neguem aqueles assumidos pelo seu adversário, especialmente no que tange à noção de soberania e a possibilidade de sua limitação ou não e à concepção tanto de Constituição quanto de direitos fundamentais que com estas premissas se adequam.

Não é o objetivo aqui esgotar esta questão, como já foi aludido, nem avaliar as duas posturas, buscando apontar seus acertos ou equívocos ou apontar qual delas seria preferível. O intuito é apenas mostrar o debate a partir do qual Kelsen pensa a criação de um tribunal constitucional, a fim de clarear quais os limites deste na sua atuação como defensor da Constituição.

Deste modo, é importante frisar que se Schmitt se vale de argumentos que buscam evidenciar os princípios liberais como fruto da ideologia burguesa e, daí, rechaça o Direito Constitucional Liberal por pertencer este ao mundo da ficção, a mesma argumentação pode

⁷¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 246.

⁷² CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 365.

ser usada no sentido contrário, isto é, mostrando que sua teoria é tão ideológica quanto a que rebate, mas a serviço não de um Estado Liberal, e sim de um Estado Totalitário⁷³.

Tampouco se pode dizer que Kelsen seria um defensor fervoroso do liberalismo econômico, ou que este seria, para ele, um problema fundamental. Com isto se quer mostrar que, se decorre de sua teoria o respeito aos princípios liberais, isto se deve ao fato de tais princípios serem reconhecidos na ordem constitucional estabelecida, e do modo como esta deve ser compreendida e, assim, interpretada. Antes de tudo, poder-se-ia dizer que o “compromisso” primeiro de Kelsen, em seu debate com Schmitt, não seria defender o liberalismo, que este refuta, mas defender a democracia, que se encontrava ameaçada pelo crescimento, na Alemanha, da teoria schmittiana e a defesa de um Estado totalitário.

É neste sentido que Kelsen vai dizer que

não é preciso ser adepto da concepção materialista da história para reconhecer que um Estado cuja ordem jurídica garante a propriedade privada dos meios de produção mantém fundamentalmente a produção econômica e a distribuição dos produtos como função não-estatal e remete o cumprimento desta que é, talvez, a mais importante das tarefas, a um setor que só pode diferenciar-se do Estado enquanto sociedade, não pode ser um “Estado total” no sentido da definição de Schmitt, isto é, um Estado que “abraça todo o social”⁷⁴.

Neste ponto é necessário, antes de trazer os principais argumentos levantados por Kelsen para justificar a corte constitucional como guardião da Constituição, pontuar o que está em questão neste debate: delimitar uma compreensão do Estado e de suas possibilidades de atuação, o que perpassa todas as grandes questões e relações sociais, sejam elas políticas, jurídicas ou econômicas. E isto de tal forma a se poder estabelecer como o Estado pode, ou melhor, deve agir, especialmente em relação aos seus cidadãos, levando-se em consideração que tal debate ocorria em um país derrotado na primeira grande guerra e assolado em uma crise de dimensões vastas.

A grande questão, e isto se mostra ainda extremamente atual, como pretendemos mostrar ainda de forma mais explícita, é saber como deve atuar o Estado após a derrocada de seu modelo Liberal, ou seja, em um contexto de afirmação do Estado Social que precisa

⁷³ GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución** - estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Madrid: Tecnos, 1983, p. 14.

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?**, p. 270.

intervir em âmbitos dos quais fora expulso de forma veemente. Como o Estado deve agir para resolver as crises geradas pela desigualdade social e pela perda de sua capacidade de se colocar como o referencial, o centro da organização político-econômica, que extrapola com rapidez seus limites territoriais, em um mundo cada vez mais globalizado?

A aposta de Schmitt, como foi mostrado, centrou-se num modelo de Estado totalitário, que assumisse o controle, em última instância, de todas as questões sociais, posto que rechaçava a separação entre Estado e sociedade e, para isso, conferia ao soberano o poder máximo de decisão, inclusive de decidir contrariamente ao ordenamento jurídico por ele instituído, sendo seu poder total, absoluto⁷⁵.

Kelsen, por sua vez, sem desconsiderar que o ordenamento jurídico seja possível somente como criação do soberano, busca naquele a condição de possibilidade da limitação da ação deste. Ou seja, se o Estado, enquanto soberano, cria o ordenamento jurídico, este ordenamento institucionaliza o Estado, de modo que este deve, então, obedecer ao ordenamento, não podendo abstrair-se de seus limites. Caso contrário, o ordenamento não passaria de mero instrumento à disposição do Estado, ou melhor, do soberano, impossibilitando assim qualquer possibilidade de se buscar uma configuração político-social voltada para a democracia⁷⁶.

O confronto de Kelsen e Schmitt tem como pano de fundo a questão da soberania, sendo que esta questão remete à possibilidade de fundamentação última do direito – e também da sociedade – e, assim, dos limites de sua aplicação e de suas funções fundamentais. Ambos reconhecem que direito e soberania são conceitos intrinsecamente relacionados, mas enquanto Schmitt procura fazer confundirem-se tais conceitos de modo que o soberano possa assenhorar-se como bem lhe aprouver do ordenamento, Kelsen procura no ordenamento a possibilidade de limitar a ação do soberano, isto é, do Estado, donde poder afirmar Bobbio:

⁷⁵ Absoluto significa um poder soberano que não deve obediência às leis positivas promulgadas por quem lhe antecedeu e nem às leis por ele próprio promulgadas. Isso significa que o soberano, a quem cabe fazer as leis, não deve se sujeitar a essas mesmas leis, pois não lhe caberia dar ordens a si mesmo. [...]. O mais interessante é que a essência da soberania, para Bodin, reside no poder de fazer e de anular as leis e, assim, através do ‘monopólio do direito’, se manteria a unidade do Estado. CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radical. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a Teoria do Estado**, p. 367.

⁷⁶ Nesse sentido, vale ressaltar as palavras de Habermas sobre a concepção de Estado defendida por Schmitt, contra a qual Kelsen vai se voltar: “Quién, como en su tiempo C. Schmitt, quisiera convertir en ‘protector de la Constitución’ al presidente del Reich, es decir, à cúpula del ejecutivo, en lugar de a un tribunal constitucional, estaría invirtiendo, por tanto, el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exatamente en lo contrario” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 2, p. 314).

Con la expresión demasiado genérica “poder soberano” se hace referencia al conjunto de órganos por medio de los cuales se crea un ordenamiento normativo, se conserva y se aplica, y el ordenamiento mismo establece cuáles son estos órganos. Si es verdad que un ordenamiento jurídico se define mediante la soberanía, y si también es cierto que la soberanía en una determinada sociedad se define por medio del ordenamiento jurídico, poder soberano y ordenamiento jurídico son dos conceptos mutuamente relacionados (...). La soberanía caracteriza no una norma sino un ordenamiento, es decir, caracteriza la norma sólo en cuanto es considerada como parte del ordenamiento⁷⁷.

Kelsen reconhece a ligação entre soberania e ordenamento, mas, uma vez que este foi criado, deve regular todas as situações sociais, limitando não só as ações dos indivíduos, mas também as do Estado. Isto somente é possível, em sua teoria, porque pressupõe o autor que o Estado não pode ser totalitário, mas sim democrático, ou seja, não deve buscar uma unidade em que as diferenças devam ser banidas, e sim fazer com que sejam integradas sem que as minorias fossem massacradas pelo pensamento dominante. Nesta concepção de democracia, o soberano não pode arvorar-se como representante do povo como se este pudesse ser representado como uma única vontade, já que

a essência da democracia se encontra, não na onipotência da maioria, mas sim no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria e, como consequência disto, na paz social, a justiça constitucional aparece como um meio particularmente idôneo para fazer efetiva esta ideia⁷⁸.

O tribunal constitucional é o meio idôneo para garantir a democracia, e não o soberano, porque ele é “um órgão cuja função é defender a Constituição contra violações”⁷⁹. E a Constituição não pode mais ser encarada como a expressão da vontade – única – de um

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Tradução de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1999, p. 158.

⁷⁸ Tradução livre do original: “(...) la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta Idea” (KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la constitución: la justicia constitucional. In: **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. (Colección universitaria) Madrid: Debate, 1998.

⁷⁹ KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Traducción y notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995, p. 3.

povo, mas sim o compromisso político por este assumido, que congloba todas as suas diferenças e mais variadas ideologias e crenças.

Agindo deste modo, o tribunal constitucional pode garantir que todos os Poderes do Estado ajam somente de acordo com a Constituição, consistindo isto na maior garantia dos indivíduos contra possíveis abusos por parte dos agentes estatais e suas instituições. Assim, a defesa da Constituição por um tribunal constitucional coloca-se como uma “das pedras de toque do constitucionalismo moderno”⁸⁰, contrariamente à tese de Schmitt de que isto não produziria justiça⁸¹.

É importante destacar este ponto, uma vez que Schmitt aponta que qualquer decisão que não tenha sido originada do soberano, entendendo-se este apenas como o presidente do Reich, seria injusta, já que para ele chefe do poder Executivo confunde-se com o próprio Estado e, este, por sua vez, com a sociedade. Kelsen, na defesa da democracia, apresenta uma ciência do direito positiva depurada de todo direito natural, e afirma que “tal é o objetivo da teoria pura do direito que é simultaneamente a teoria pura do Estado, porque toda teoria do Estado somente é possível como teoria do direito do Estado, e vice-versa todo direito é direito do Estado, porque todo Estado é Estado de direito”⁸².

Buscando defender um modelo de Estado que fosse democrático, Kelsen reconhece, entretanto, a centralidade da noção de soberania para o próprio Estado, então

"procura aplicá-la ao seu modelo de purificação, metodologicamente, se portando como um conceito inserido no âmbito normativo do direito, excluído de qualquer acepção científica ou ideológica de outra natureza, como: política, sociológica, psicológica etc. Somente é soberana a norma suprema, aquela instância normativa que não pode ser logicamente derivada de nenhuma outra norma, mas que oferece o suporte pressuposicional. A relação da soberania com um homem – o soberano – é posta na medida em que pressupõe uma norma como suprema e uma atividade suprema vinculada à norma estatal. Em outras palavras, soberana é somente a norma e soberano é o homem que comanda somente nessa medida em que se pressupõe a norma como suprema".⁸³

⁸⁰ PAIXÃO, Cristiano. O controle de constitucionalidade das normas tributárias. **Revista Direito em Debate**, Ijuí-RS, n. 6, p. 95, jul./dez. 1995.

⁸¹ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 81.

⁸² KELSEN, Hans. Dios y estado. In: **El outro Kelsen**. Óscar Correias (org.). Trad. Jean Hennequin, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 266. Apud ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

⁸³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

Kelsen consegue, assim, propor que, se o Estado confunde-se com o ordenamento jurídico, a soberania do Estado é expressada justamente no ato deste em colocar, em criar o ordenamento jurídico, sem derivá-lo de nenhum outro ordenamento ou instância superior⁸⁴. Não pode então o soberano apoderar-se de todo o Estado, muito menos colocar-se como o guardião da Constituição, pois esta defesa deve ficar a cargo de uma instituição que não pretende governar nem representar alguma classe de indivíduos ou determinada ideologia, e sim a possibilidade de convivência entre os mais diversos grupos sociais que compõem a sociedade, buscando equilíbrio e harmonia deles entre si e deles com o próprio Estado⁸⁵.

Kelsen propõe um modelo escalonado do ordenamento jurídico em que a validade de uma norma depende de que esta decorra logicamente daquela que lhe é hierarquicamente superior, e assim subsequentemente. Para se evitar uma derivação de normas que chegasse ao infinito, Kelsen deve propor, então, uma norma fundamental⁸⁶ que tem o condão de “fechar” o sistema, de modo que o ordenamento jurídico mostre-se coerente e, uma vez existente, independente de qualquer justificação que o transcenda, imiscuindo-se em planos outros que não o propriamente jurídico, como argumentações políticas, sociais, econômicas e até mesmo de cunho jusnaturalista, que apele para um sentido de justiça.

Dentro desta lógica, no plano do direito positivado⁸⁷, o que se deve aqui ressaltar é que a Constituição encontra-se como a possibilidade de “fechamento” do sistema, entendendo-se com isto que ela deve conferir a todo o ordenamento jurídico sua coerência e sistematicidade,

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale*. Contributo per una dottrina pura del diritto. Trad. Agostinho Carrino. Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 18.

⁸⁵ Nas palavras de Kelsen: “La utilización abusiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al Gobierno a promulgar reglamentos, fue el camino a través del cual el carácter democrático de la República fue destruido en Alemania, y preparó el ascenso del nacional-socialismo al poder” (KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1998. (Colección universitaria), p. 133-134).

⁸⁶ Nas palavras de Kelsen: “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm)” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 269).

⁸⁷ Não cabe, nos limites do exposto no presente trabalho, aprofundar nos problemas teóricos da teoria kelseniana, posto que não se trata de uma discussão propriamente teórica sobre seus acertos e erros, mas de explicitar o contexto em que se criou a noção de corte constitucional, a qual é reconhecida, até hoje, como a guardiã última da Constituição.

posto que não há nenhuma norma que a ela possa se sobrepor ou pressupor. De acordo com García de Enterría, para Kelsen

"la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigir-se en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema".⁸⁸

De acordo com Kelsen, portanto, é necessário que haja um controle do processo legislativo de criação das leis, mas este controle não poderia ficar a cargo do Poder Executivo, nem mesmo de todo o Poder Judiciário ou de qualquer de seus órgãos. Teria que ficar a cargo de um órgão especial, criado com esta finalidade, pois assim se poderia garantir uma uniformidade das decisões. Foi assim que ele idealizou, para cumprir esta função, o Tribunal Constitucional austríaco, o primeiro do mundo, visto que no país o órgão máximo do Poder Judiciário não tinha condições de vincular os tribunais inferiores no tocante às suas decisões⁸⁹.

Fica clara a preocupação de Kelsen, com o rigor lógico que lhe era peculiar, em atribuir ao tribunal constitucional, enquanto guardião da Constituição, possibilidades de manter a coerência e unidade do sistema e, especialmente, de se garantir através de sua atuação – enquanto único legitimado a fazer tal controle das leis – o máximo possível, não só de efetivação do conteúdo da Constituição, incluindo os direitos fundamentais como mostrado acima, mas também o maior grau possível de segurança jurídica.

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Tribunal Constitucional e Supremacia da Constituição, **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 83, p. 5-8, jul./set. 1987.

⁸⁹ “Contudo, esta apreciação não pode ser feita por qualquer cidadão, mas apenas pelo Judiciário; e mais, não por qualquer órgão do Judiciário. O controle deveria ser feito por um órgão especial (para que se evitassem decisões desiguais). Havia de fato em toda Europa Continental uma grande desconfiança sobre a possibilidade de um juiz apreciar a constitucionalidade de uma lei (na França pós-revolucionária a de um controle sobre o Legislativo foi sempre muito combatida e apenas mais tarde vai ser adotada uma forma de controle político). Assim, considerando que à época a cúpula do Judiciário austríaco não possuía condições de impor suas decisões a Tribunais inferiores e estando a cargo de Kelsen o projeto do que veio a se tornar a Constituição austríaca de 1920, este acabou por prever a criação do primeiro Tribunal Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*), ao qual foi dada a competência de anular leis que considerasse inconstitucionais. Este Tribunal era independente do Governo e do Parlamento, seus membros, contudo, eram escolhidos por este último entre renomados juristas (Kelsen mesmo o presidiu por anos)” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição e processo: a decisão em sede de controle de constitucionalidade vista a partir da constitucionalização do processo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 7, v. 1, p. 115, jan./jun. 2006).

Deve-se frisar, neste momento, algumas conclusões, ou melhor, considerações sobre este embate entre Kelsen e Schmitt do qual decorreu a criação da primeira corte constitucional, modelo que se alastrou por todo o mundo ocidental moderno.

Primeiramente, o fato de que a defesa de um Estado Democrático, após o surgimento do Estado Social, mostra-se uma tarefa tão difícil quanto perigosa, posto que perpassada por uma tensão entre o jurídico e o político, em que se deve buscar um meio-termo para pautar a convivência de indivíduos e grupos sociais cada vez mais heterogêneos, sem se poder afirmar de antemão respostas corretas previamente estabelecidas para os conflitos sociais que existem na sociedade, especialmente porque estes têm acompanhado a rapidez do desenvolvimento tecnológico, enquanto que o direito, ou melhor, as previsões normativas mostram-se a cada dia mais obsoletas e incapazes de acompanhar tais mudanças.

Por outro lado, a Constituição, reconhecida enquanto a norma mais elevada do ordenamento jurídico, isto é aquela com a qual todas as demais devem estar de acordo, não possui um conteúdo passível de ser estabelecido e identificado de uma vez por todas, mas traz toda uma pauta valorativa que deve ser levada em consideração na criação e aplicação do direito.

Por último, que não se pode cindir totalmente o âmbito jurídico do político, posto que até mesmo o juiz, quando decide, ou seja, quando aplica o direito, não realiza um ato de conhecimento, como o cientista jurídico, mas um ato de vontade, sendo que é legítimo porque tal atribuição decorre do próprio ordenamento.

De tudo isto, deve-se destacar que o contexto de surgimento do Estado Social exigiu uma preocupação fundamental com o direito e sua aplicação, num contexto em que não se podia aceitar mais a separação total entre Estado e sociedade, mas que a equiparação de ambos mostrou-se ainda mais nefasta que aquela. A preocupação com uma ordem democrática assume novas feições, em que o direito assume seu caráter eminentemente político, e que a defesa dos direitos e garantias fundamentais deve configurar a possibilidade de legitimidade do direito, isto é, para além de sua mera legalidade, mas sem se cair em sua total instrumentalização.

Mais do que se reconhecer e afirmar os direitos e garantias fundamentais que constituem a “essência” do constitucionalismo, o embate entre Kelsen e Schmitt mostrou que é necessário pensar quais seus limites e legitimados a efetivar esta tarefa. Que há uma tensão entre o jurídico e o político que se coloca como a questão fundamental da democracia, ou de

sua possibilidade. Tal questão assume vários desenvolvimentos, como mostraremos a seguir em dois exemplos principais, quais sejam a distinção entre regras e princípios e a discussão entre substancialismo e procedimentalismo. Como se tem afirmado, o que se busca é uma descrição não meramente histórica do assunto, mas apontar alguns de seus pontos fundamentais, para que se possa propor, ao final, uma contribuição tanto para sua melhor compreensão quanto para suas possíveis soluções, sob a oposição entre a segurança jurídica (direito) e a efetividade dos direitos fundamentais (político).

2. Regras e princípios

Do embate entre Kelsen e Schmitt, em que o modelo proposto pelo primeiro sagra-se vencedor, vê-se a proliferação, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, de cortes constitucionais. Estas assumem uma função essencial para a garantia e promoção da democracia nos países ocidentais: garantir a aplicação da constituição em toda sua integridade e coerência, fazendo com que seja respeitada enquanto parâmetro último para toda a aplicação do judiciário e, também, para a atuação dos demais poderes do Estado.

Neste contexto, há de se destacar o compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais conquistados e reconhecidos ao longo de uma história de lutas e tensões sociais, que compõe o pano de fundo das constituições do pós-guerra. A grande questão que vai surgir, então, é de *como* fazer isto.

A própria concepção de uma corte constitucional já aponta para uma nova conformação da divisão dos poderes e suas relações, já que a corte assume uma preponderância em relação aos três poderes originais, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, uma vez que todos eles, ou melhor, todo o Estado deve atuar somente no limite do que permite a constituição, e a última interpretação desta cabe justamente à corte constitucional, criada para exercer esta função.

Como é sabido, no primeiro modelo de corte constitucional, aquele criado por Kelsen, este órgão somente poderia agir como um legislador negativo, sem criar normas ou assumir a função do poder Legislativo, mas apenas atuar de modo a extirpar do ordenamento jurídico a legislação que se mostrasse viciada no seu processo de formação, basicamente se não se mostrasse em consonância com a norma hierarquicamente superior, tendo as normas

constitucionais como limite, ou que não tivessem sido promulgadas pela autoridade competente, como determinado também constitucionalmente.

Este posicionamento do autor se explica pelo fato de, em sua controvérsia com Schmitt, Kelsen ter reconhecido no enlace entre o Estado e o Direito – que se criam reciprocamente – a figura e função da soberania. Entretanto, diferentemente daquele, Kelsen propunha que o exercício da soberania deveria ser limitado, e o limite para isto seria o próprio ordenamento jurídico. Daí se perceber a congruência de sua teoria – positivismo normativista – com sua defesa da democracia.

Acontece que o próprio Kelsen já havia reconhecido os limites de sua proposta teórica, e destacou que a decisão jurídica é que “cria” a norma, não sendo esta encarada mais como regra, que simplesmente seria subsumida ao caso concreto. Isto que o diferencia do positivismo exegético, em que o direito se confunde com a lei, pois para Kelsen há uma diferença entre as proposições jurídicas – que são do campo das ideias, da ciência – e as normas – que são do campo da ação, da política, enquanto sentido de um ato de vontade conformadora de outra(s), por estar associada a uma sanção⁹⁰.

Apesar de ter vislumbrado tudo isto, a proposta kelseniana não se mostrou suficiente para enfrentar as questões cada vez mais complexas que surgiam, especialmente no pós-guerra, em que recebeu várias críticas por, apesar de ter se colocado radicalmente contra o regime nazista, ter reconhecido que, pela sua teoria, aquele configurava um Estado de direito, apesar de toda a barbárie perpetrada.

Tais críticas abrem campo para o florescer de uma grande questão, que ressoa até hoje nas discussões e pesquisas jurídicas, que é a diferença entre regras e princípios. Há muita discussão e inúmeras propostas para se poder diferenciar as regras e os princípios, mas deve-se ressaltar que este não é o intuito aqui.

Além disso exigir um esforço que extrapolaria a presente pesquisa, reconhecemos com Nelson Nery que “talvez o pecado mais sério da doutrina hodierna seja o de tratar o tema mediante sincretismo, vale dizer, misturando-se as teorias que se utilizam de critérios e parâmetros distintos uns dos outros”⁹¹.

⁹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 369.

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

Nesse sentido, assim como o aludido doutrinador, não adotamos aqui nenhuma corrente de pensamento que forneça um conceito de regra e de princípio, estabelecendo de uma vez por todas sua distinção. Muito pelo contrário, o que se busca é mostrar o que há de comum a várias destas propostas, no sentido de explicitar mais os problemas que elas procuram resolver que esmiuçar as respostas existentes. Tal empreendimento se justifica, como buscaremos expor, por tal discussão ter sido colocada para levar adiante o compromisso de efetivação dos direitos fundamentais incorporados nas mais diversas Constituições atualmente.

Antes de se proceder à distinção entre regras e princípios propriamente dita, é necessário remontar a uma outra distinção que lhe é intrinsecamente familiar, a diferença entre texto e norma, que Kelsen já havia percebido, mas que logrou depois um desenvolvimento muito expressivo. Isto se faz necessário se assumirmos que a diferenciação entre regras e princípios constitui uma é uma distinção não entre dois textos normativos, mas entre duas modalidades diferentes de normas.

O que ocorre é que o positivismo normativista kelseniano propunha que o texto normativo deveria fixar os limites (a “moldura”), mas que o jurista pode atuar criativamente em casos de lacuna, de modo que a norma seria previamente dada, apesar de ser a interpretação ou expressão do texto, da proposição normativa. Este apego à formalidade é o contraponto ao decisionismo proposto por Schmitt, em que a decisão não precisa guardar relação real com os textos normativos, no que concerne à validade e sentido ou à fundamentação desses textos⁹².

O problema desta proposta é que o texto, ou melhor, as proposições normativas serão sempre passíveis de interpretação, e esta será condicionada pelo jurista que a leva a cabo, sendo este também condicionado, pelo seu contexto histórico, social, moral, ideológico, enfim, pela sua subjetividade. A norma não é, portanto, a simples expressão do texto, mas o resultado de sua interpretação, e este resultado sempre será condicionado tanto pelo contexto histórico-social quanto pela subjetividade do intérprete.

"Note-se que não se fala aqui da discrepância entre o texto da norma e a realidade, de que o Brasil é claro mas não único exemplo. É indevidamente simplificador afirmar que a realidade do direito, brasileiro ou estrangeiro, não corresponde aos textos das normas constitucionais vigentes. Antes, essa

⁹² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199-200.

“falta de efetividade” pode desempenhar importantes funções, inclusive retóricas. A tese é que o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação, seja mais seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica.

Quer dizer, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata; ou seja, a “norma” geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção. Note-se a distância em relação à antiga discussão sobre se o juiz “cria” ou apenas “aplica” o direito”.⁹³

A grande questão do direito passa a ser a decisão jurídica, pois é esta que resolve os conflitos, mostrando-se como a própria “essência” do direito, e não mais a lei, pois verifica-se a impossibilidade de se prever, na forma da lei, todas as possibilidades fáticas que compõem a vida e sua infinidade de relações sociais. “Do direito identificado com a lei, passa-se ao direito enquanto direito. Isto quer dizer: ultrapassa-se a simples interpretação textual da lei em direção à interpretação do direito”⁹⁴.

A função precípua do direito, isto é, resolver os conflitos e garantir o mínimo de condições para o convívio social, somente pode obter êxito se se reconhecer que o direito não “cabe” nas leis, devendo ser sempre (re)interpretado, pois as mudanças sociais – que se mostram cada vez mais rápidas – condicionam a compreensão do direito posto assim como de sua aplicação.

É justamente na tentativa de se buscar contornos minimamente racionais e democráticos para se proceder à aplicação do direito que surgem os princípios constitucionais. Vale destacar, entretanto, que as propostas teóricas desenvolvidas com este propósito convivem com outras que se proclamam, ainda, de positivistas. Isto é importante, pois assim como há vários pontos de contato entre as mais diversas teorias acerca da distinção entre regras e princípios, podemos também vislumbrar pressupostos comuns entre elas e posturas positivistas atuais.

Desse modo, vale destacar o pensamento de João Maurício Adeodato:

“O positivismo entende que o direito tem conteúdos éticos, apenas nega que eles estejam fixados por uma instância superior, externa e independente do direito posto. O problema dos jusnaturalistas, já que o direito positivo não é para eles critério e que os humanos pensam e avaliam diferentemente, é

⁹³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 201.202.

⁹⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 121.

determinar quem vai dizer qual posição é a legítima, racional, natural, válida de per si. Se todos adotassem os mesmos conteúdos éticos, poderiam ser jusnaturalistas e concordar sobre a “natureza das coisas”; por isso o direito natural funcionou tão bem em sociedades menos complexas, mais homogêneas. Assim, a doutrina do direito natural encerra uma arrogância ética, na medida em que procura determinar um conteúdo normativo superior ao âmbito humano do discurso”.⁹⁵

Mais à frente, desenvolvendo o argumento, o autor deixa claro que o positivismo, assim entendido, “não necessariamente endossa a ética dos detentores do poder”, mas “simplesmente recusa a imposição de critérios externos e acima do direito posto pela comunidade”⁹⁶. Além do mais, ressalta que este modelo não implica não haver contato entre o direito e outros subsistemas sociais, como a moral, a política e a economia, mas que o contato existe e se dá através do acoplamento estrutural entre tais subsistemas, como desenvolvido por Niklas Luhmann.

Porém, o que nos afigura mais importante nesta proposta é que a mesma se desenvolve a partir da aceitação de que o Estado, já desde a modernidade, assume o papel da soberania, isto é, de ser o ponto central da organização político-social, impondo as regras que devem ser seguidas por toda a sociedade, mas que não mais encontra uma fundamentação transcendente para a ordem, ou seja, para o próprio Estado.

Dito de outro modo, o Estado deve garantir o mínimo de condições necessárias para que haja uma convivência saudável ou pacífica entre os cidadãos, assumindo que estes são, antes de tudo, indivíduos livres, cada qual com suas próprias crenças e ideologias, sem que se possa, ao menos numa proposta minimamente democrática, decretar de antemão e de uma vez por todas quais as crenças e ideologias consideradas corretas e quais são consideradas erradas e, conseqüentemente, proibidas.

O que pode, e até deve, ser proibido (ou permitido) são condutas, de modo justamente que estas tenham o condão de possibilitar a melhor convivência possível entre as mais diversas ideologias e crenças existentes no meio social. Isto faz com que o direito deixe de ser encarado como mera expressão de determinados modos de vida para assegurar, dentro de limites razoáveis, que todos os modos de vida possíveis em determinado tempo e lugar coexistam sem se destruírem.

⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

Sendo isto que está em jogo, há várias teorias e propostas para se alcançar estes objetivos, em que as posturas positivistas mais atuais, na esteira de Kelsen e além, propugnam por um maior apego ao ordenamento jurídico posto, no intuito de se evitar a apropriação do direito para interesses individuais ou de pequenos grupos ou classes, que o fazem a partir de argumentos extrajurídicos.

De outro lado, temos uma série de posturas metodológicas que irão reconhecer uma distinção entre regras e princípios constitucionais, sendo que estes teriam a função principal de colmatar esta impossibilidade ínsita ao direito de prever todas as suas hipóteses de incidência por não se poder conceber de antemão todas as possíveis relações sociais e os conflitos delas derivados. Nas palavras de Bonavides:

"O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta aos Códigos, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas".⁹⁷

Por mais que haja diferenças entre as várias teorias que defendem uma distinção entre regras e princípios, e mais ainda entre estas e posturas positivistas, pode-se dizer que todas elas preocupam-se, em última instância, com o melhor modo de se compreender o direito e, conseqüentemente, aplicá-lo. Busca-se oferecer o melhor modo de responder os conflitos sociais que demandam uma decisão judicial.

Mais importante que resolver de uma vez por todas qual é a distinção entre os princípios e as regras, é perceber que os primeiros buscam resolver o problema da insuficiência destas, ou melhor, delas não darem conta, em si mesmas, de todo o conteúdo do direito, assim como posturas positivistas o buscam por outros caminhos.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 289-290.

É por isso que, apesar da teoria dos princípios já ter consolidado alguns resultados⁹⁸ em nossa prática e doutrina, deve ficar claro que há grande preocupação de que os princípios não sirvam como meros álibis argumentativos para fundamentar qualquer interpretação jurídica. Não devem, portanto,

"ser tidos como permissivas para livre criação jurisprudencial do direito. O dever de fundamentação das decisões somente é plenamente satisfeito na medida em que as decisões se apresentam adequadas à Constituição. No fundo, os princípios constitucionais oferecem espaços argumentativos que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões".⁹⁹

Os princípios devem garantir, antes de tudo, a possibilidade de uma coerência e integridade ao ordenamento jurídico, para que as respostas jurídicas sejam as mais pertinentes possíveis ao projeto político-social plasmado nas leis e, sobretudo, na Constituição, oferecendo possibilidades cognitivas do próprio direito que vedem, ao máximo, posturas arbitrárias, não só do Judiciário, mas de todo o Estado.

Vale destacar uma passagem de Josef Esser, um dos primeiros a se dedicar a este tema de modo brilhante:

"Nosotros, juristas continentales, pensamos en esta función de los principios a propósito, en primer lugar, de la interpretación, es decir, legis supplendae gratia, pero no se nos hace menos visible la más extensa fuerza de integración de los principios, cuando consideramos la evolución de una codificación anterior. Los principios son "instrumento de la unidad orgánica y de la integridad del ordenamiento". Con ellos el Derecho no sólo se hace "utilizable", sino que sólo con ellos recibe su carácter de ordenamiento jurídico. La lógica, la analogía y la creación ulterior no son posibles en virtud de una legalización positiva de estos principios, sino por la esencia y la pretensión funcional del mismo ordenamiento. Con esto no afirmamos una

⁹⁸ "Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 294).

⁹⁹ ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255.

jerarquía intemporal de los principios ni negamos la complejidad histórica y política de las masas de derecho positivo. Es antihistórico y poco realista deducir la homogeneidad de las partes del hecho de que se haya formado, o se haya empezado a formar, un sistema. Examinar los conglomerados de derechos crecidos en el curso de la historia para entresacar de ellos los principios sistemáticos permanentes, es misión no de una especulación teórica, sino de las decisiones continuamente reintegradoras de la jurisprudencia práctica, la cual tiene que ponderar la antinomia de los fines y, por tanto, la oposición de los principios, fundiendo en una sola pieza los fragmentos de planes e ideologías jurídicas".¹⁰⁰

Extremamente importante destacar que, nesta função de oferecer coerência e integridade para todo o ordenamento, a fim de se poder fundamentar nele as decisões jurídicas, sem confundi-lo com o direito posto, vamos desenvolver o contexto do que se pode denominar processo constitucional, em que,

"assim, ao processo (histórico) de alargamento dos textos constitucionais, pela inclusão de normas consagradoras de direitos, de normas principiológicas e pelo superdimensionamento das regras que cartularmente alcançam a natureza constitucional, pode-se afirmar que segue um processo de vulnerabilização dos textos que, por seu turno, demanda uma ampliação das fórmulas de garantia da integridade constitucional. É esse o contexto no qual se insere o denominado processo constitucional".¹⁰¹

É justamente isto que André Ramos Tavares chama de processo constitucional que queremos aqui explicitar e mostrar como sendo o fenômeno que está por trás de todas as teorias e propostas aqui mencionadas. É o fato de que a Constituição deve constituir as ações em toda a sociedade, tanto dos cidadãos quanto do Estado, sendo que ela apresenta uma série de valorações e objetivos que não são facilmente objetiváveis, nem podem sê-lo fora da vida real, dos casos concretos, da convivência. Mas esta, além de ter que ser democrática, mostra-se cada vez mais complexa.

O direito, como sempre foi de sua essência, deve cuidar e zelar pela ordem, para que exista o mínimo de ordem necessária para a melhor convivência possível entre as pessoas, mas deve também, neste paradigma, cuidar sobretudo para que a ordem não se mostre tirana, abusiva, arbitrária, enfim, para que ela seja possível apenas na medida em que se respeite, na

¹⁰⁰ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961. p. 289-290.

¹⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

sua consecução, a dignidade da pessoa humana, constituindo esta a totalidade de direitos fundamentais plasmados no ordenamento jurídico.

É por isso que Adeodato vai dizer que as controvérsias a respeito dos papéis democráticos não devem ser vistas como superadas na atualidade, e que as teorias sobre a decisão judicial, ou seja, a problemática hermenêutica do direito, giram em torno de seus paradigmas de racionalidade, das tentativas de estabelecer limites e critérios¹⁰², e que

"mais do que idiossincrasias ou purismos de escolas, essa evolução teórica espelha fenômenos característicos da era contemporânea. A complexidade crescente e a pulverização dos espaços significativos comuns, com a correspondente exacerbação do individualismo ético, vão fazer com que, dentro de um ordenamento jurídico já sobrecarregado, sobrecarregue-se também a atividade criadora do julgador e aumente seu poder discricionário, tão temido pelos primeiros exegetas. A proibição do *non liquet* (obrigatoriedade de decidir), que se torna um dos principais esteios da dogmática jurídica na modernidade, está, em última instância, a cargo do judiciário.

Ao lado disso, o juiz deixa de ser considerado neutro, pois, na sociedade complexa, espera-se dele (e do Estado em geral) uma concretização de sucessivas gerações de direitos, que não têm mais caráter meramente declaratório e de respeito passivo, como os direitos fundamentais individuais, mas exigem intervenção para serem realizados, como é o caso dos direitos à saúde e ao meio ambiente. Isso faz o judiciário assumir também um papel político, como se percebe da superexposição de juízes nos meios de comunicação, outro fator que não tem apenas interesse sociológico, mas também diz respeito ao tema dos papéis dos poderes".¹⁰³

Nesse sentido, pode-se afirmar que os princípios, na sua função de oferecer parâmetros para que as decisões judiciais não deixem de ser jurídicas, isto é, não apelem para ordens valorativas ou ideológicas que extrapolem o direito, mas que, ao mesmo tempo, tais decisões se mostrem de acordo com uma série de valorações traduzidas em direitos constitucionais que promovem a dignidade da pessoa humana em todas as suas relações sociais, trazem à tona a relação intrínseca que existe entre o direito e a política.

Poder-se-ia até mesmo dizer que a preocupação central é a de se resgatar esta relação do político com o jurídico de modo a se preservar tal relação com suas diferenças, sem que o direito seja mero instrumento político, mas que seja condição de possibilidade da política, regulando-a e conformando as relações sociais para que estas, para além de expressar as

¹⁰² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

¹⁰³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

forças político-sociais que estão em jogo nas relações sociais, sejam as mais democráticas possíveis, e com isto quer-se dizer que tais relações, a despeito das diferenças entre seus atores, possam se aproximar o máximo possível das promessas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais não são, portanto, apenas princípios gerais do direito, que devem ser chamados à baila apenas em casos de omissão ou lacuna legislativa, mas possuem força normativa e devem ser levados em consideração sempre, posto que é por intermédio deles que se inoculam no ordenamento jurídico as valorações, metas e objetivos mais importantes de determinada sociedade¹⁰⁴.

Importante destacar que, se tanto os princípios quanto as regras possuem força normativa, tão importante, afigura-se-nos, quanto marcar suas diferenças, é estabelecer um conceito de norma que abarque ambos, em que adotamos aqui o conceito dado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma metacomplementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o soluciona na medida em que lhe põem um fim”¹⁰⁵.

Tanto as regras quanto os princípios devem ser utilizados, normas que são, para se chegar ao fim do conflito, mas não qualquer um, e sim um fim que se mostre de acordo com o ordenamento, especialmente quanto ao conteúdo deste, e não apenas sua formalidade, a qual deve ser, entretanto, preservada tanto quanto possível.

Sem desconhecer que existem várias teorias, que concebem os mais variados critérios para a distinção entre regras e princípios, e mesmo assumindo-se o pressuposto de que a tese mais difundida no Brasil é a que tal distinção é de grau – seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade –, não podemos negar que praticamente todas essas teorias fazem referência a dois grandes autores de renome internacional, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Quanto a estes, sem desconsiderar, também, as muitas diferenças que existem entre suas propostas teórico-metodológicas¹⁰⁶, queremos destacar que ambas postulam que a diferença existente entre regras e princípios não é de grau, mas qualitativa, de caráter lógico.

¹⁰⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 348.

¹⁰⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 141.

¹⁰⁶ Para aprofundar tais diferenças, cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

E, cada uma a seu modo, propõe, especialmente, que os direitos fundamentais sejam não só reconhecidos, como plenamente efetivados na sociedade através do processo constitucional¹⁰⁷.

"Dworkin propõe que os princípios constituem a via por excelência para se chegar à melhor compreensão do que constitui, em determinado tempo e local, a leitura moral da Constituição, ou seja, aquela leitura que corresponde aos anseios e valorações da comunidade, e não de determinado indivíduo ou pequeno grupo, mesmo que de juízes. Ou seja, propugna um modelo centrado nos direitos, em que o ideal da prestação jurisdicional (...) é de que os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem (direitos fundamentais, acrescentamos) devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista desse ideal, a uma decisão que, em vez disso, especular, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa".¹⁰⁸

De acordo com Dworkin, portanto, o Estado de Direito, se compreendido nesta dimensão, acaba por enriquecer a democracia pelo fato de acrescentar um fórum independente, que é o fórum do princípio, pois isto é o que possibilita que a justiça, em última instância, é uma questão tanto de direito individual quanto de bem público, é uma decisão que não se justifica em uma ordem de coisas pressuposta, mas que cria ou mantém uma ordem sem que, para isso, deva-se sacrificar o indivíduo ou o social, posto que ambos só existem um em relação ao outro¹⁰⁹.

Podemos dizer, de outro modo, que se trata de garantir uma decisão judicial em que sejam efetivamente consideradas as três dimensões de direitos fundamentais, sem que se possa valer de uma delas como argumento em detrimento de outras, como se dispuséssemos de critérios amplamente aceitos para se privilegiar alguma delas.

Alexy, por seu turno, desenvolvendo estas ideias de Dworkin, aduz que os princípios constituem mandamentos de otimização, isto é, "são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes"¹¹⁰.

¹⁰⁷ Ou seja, com a melhor aplicação da Constituição, em todos os âmbitos e poderes, e não exclusivamente por uma corte constitucional, apesar da maior relevância das decisões desta.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 14-15.

¹⁰⁹ Idem, ibidem, p. 38-39.

¹¹⁰ O autor, a seguir, vai desenvolver a ideia no sentido de mostrar que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, podem entrar em colisão uns com os outros, e que a realização completa de um deles pode obstar a realização de outro e, portanto, tal colisão precisa ser resolvida. Isto se dá através de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Este resultado depende sempre do caso concreto, de modo que não se

O conteúdo dos princípios, isto é, destas normas que devem ser realizadas na maior medida possível, remete aos direitos fundamentais, que ensejam quase todos tanto uma omissão quanto uma ação, daí os eventuais conflitos entre este tipo de normas. Busca-se a correção na aplicação do direito, e

assim como ocorre com todo interesse, o interesse na correção está conectado a decisões. Essas decisões dizem respeito à questão fundamental sobre se nós queremos ver a nós mesmos como criaturas discursivas, racionais. Trata-se de uma decisão sobre quem nós somos. Com essa decisão, a pessoa “escolhe si própria”, como afirma Kierkegaard. Essa decisão é uma decisão existencial. Porém, falar aqui em fundamentação ou justificação parece se justificar, pois essa decisão não é baseada em preferências sem fundamento ou arbitrárias, retiradas, pode-se dizer, do nada. Essa decisão possui antes o caráter do endosso de algo que se provou, através de explicação, ser uma capacidade necessariamente conectada a seres humanos ou, colocando de outra forma, uma possibilidade necessária¹¹¹.

Além do interesse em uma teoria que esteja pautada na possibilidade de se oferecer respostas jurídicas racionais – e não, portanto, arbitrárias – aos conflitos, Alexy vai reconhecer, de modo análogo ao que reconheceu Dworkin, que os princípios não oferecem respostas, não trazem “em si” possibilidades de aplicação direta do direito ao caso concreto, mas estabelecem valorações que devem ser levadas em consideração para a solução do mesmo, restando quase sempre a questão de se propor caminhos para a construção de uma decisão no que tange às questões em que se tem em jogo um interesse particular ou subjetivo e um interesse coletivo ou social¹¹².

O reconhecimento da distinção entre regras e princípios, da normatividade e imperatividade destes, tem como um de seus principais corolários poder-se afirmar que

não se pode admitir, nesse terreno, qualquer pretensão a uma interpretação “certa”, isto é, verdadeira, verificável por sua correspondência a dados empíricos ou deduzidos de uma ordem objetiva e suprapositiva de valores. Ao mesmo tempo não se pode ir ao extremo oposto, atribuindo à

pode afirmar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2, mas tal prevalência depende das condições tanto fáticas quanto jurídicas (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 618.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 196.

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 297-301.

hermenêutica jurídica apenas a tarefa de apontar os diversos significados possíveis de uma norma de uma constelação delas, pois cabe a ela também fundamentar a opção por um desses significados, com fatos e valores consagrados em normas e com a(s) norma(s) de maior grau que se puder relacionar em apoio¹¹³.

A grande questão que se coloca como pano de fundo para todas as teorias a respeito da distinção entre regras e princípios é a de como se efetivar, do melhor modo possível, ou seja, mais eficaz e menos custoso, a Constituição. Esta deve ser compreendida como um todo, mas especialmente no que diz respeito aos princípios nela reconhecidos, explícita ou implicitamente, de modo a se garantir um verdadeiro acontecimento do projeto dos direitos fundamentais e todas as suas dimensões.

Nesse sentido, explicitando ainda mais esta questão, e aprofundando-a, passamos a nos preocupar com outra parêntese de conceitos, ou melhor, correntes teórico-metodológicas que se desenvolvem sobre o mesmo pano de fundo, o de se buscar a melhor forma de compreender e aplicar a Constituição. Trata-se da contraposição entre posturas procedimentalistas e substancialistas.

3. Procedimentalismo e substancialismo

Nos preocupamos no item acima mais com a discussão do que com a distinção propriamente dita entre regras e princípios, constituindo ambos um conceito abstrato de norma jurídica. As controvérsias em torno do tema são infundáveis e “se há diferentes formas coerentes de se proceder a essa distinção, não por que lutar contra isso”¹¹⁴. O importante é que mostramos que, por mais que haja várias formas coerentes de se proceder à distinção aludida, todas elas têm por objetivo principal propiciar a maior efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Podemos identificar um outro desdobramento deste mesmo fenômeno quando da separação, difundida na doutrina, entre dois modos principais de se conceber o melhor modo

¹¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 168.

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 607-608.

para a compreensão e aplicação da Constituição, o que implica reconhecer até que ponto e como esta pode e deve realmente pautar as ações e condutas dos indivíduos em suas relações sociais.

Assim como procedemos acima, o foco aqui empreendido será no sentido de captar mais os pressupostos compartilhados pelas mais variadas tendências que identificar as diferenças entre elas e as peculiaridades de cada uma. Além do mais, não se desconhece que esses termos são genéricos e englobam, cada um, várias correntes com divergências consideráveis entre si¹¹⁵, mas, como frisamos, o interesse é mais em suas semelhanças.

A polarização que existe entre as duas tendências ora abordadas contribuem muito para elucidar um dos pontos chave aqui levados em consideração, qual seja, o da relação – e de seus limites – entre o âmbito do jurídico e do político. Este é o pano de fundo em que se desenvolvem as teorias que se filiam a uma compreensão procedimentalista ou substancialista no que diz respeito à aplicação da Constituição.

Assim como na discussão a respeito da distinção entre regras e princípios, em que a impossibilidade de se prever normativamente todas as respostas para os eventuais casos e conflitos que vierem a surgir na sociedade mostra-se em uma constante tensão com a necessidade de se instaurar e garantir um mínimo de ordem em que as interações sociais possam se desenvolver de forma pacífica, a discussão entre procedimentalismo e substancialismo também é perpassada por esta tensão e por como se deve resolvê-la.

A principal diferença entre estas duas posturas é no que diz respeito ao grau de interferência do direito na política e na sociedade como um todo. Assim, enquanto no procedimentalismo se defende que esta interferência deve ser a menor possível, no substancialismo se reconhece um conteúdo substancial da Constituição que deve ser levado

¹¹⁵ “Em que medida o Direito, estabelecido no texto constitucional, pode estabelecer o *constituir* da sociedade? Sem pretender reduzir a discussão a uma polarização a duas posições ou teses, mas correndo (e assumindo) o risco de assim o fazer, é possível assentar o problema a partir de dois eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo. Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, da justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, em alguma medida por Dworkin e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Ingo Sarlet, José Adércio Sampaio, Fábio Comparato, entre outros” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 38-39).

em consideração tanto quanto possível, donde ser necessário uma maior intervenção do direito no âmbito político-social.

Como se pode notar, ambas as posturas têm na Constituição a maior referência para a regulação das condutas e ações dos cidadãos, e como objetivo principal a concretização do Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado que zela pela maior efetividade possível dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, em regra as teorias procedimentalistas defendem que o melhor modelo de democracia constitucional é aquele que não encontra seu fundamento em valores compartilhados por toda a comunidade ou em conteúdos substantivos. Especialmente no caso de Habermas, tal fundamento deve ser encontrado no respeito a procedimentos que, se seguidos corretamente, podem proporcionar uma vontade e opinião formadas democraticamente, discursivamente, engendrando uma identidade política que exsurge de uma nação de cidadãos, e não mais remete a uma nação de cultura. O tribunal constitucional deveria se restringir, portanto, a proteger um processo de criação democrática do direito, garantindo, assim, que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução¹¹⁶.

Importante destacar que Habermas, um dos principais teóricos procedimentalistas com ampla recepção nacional, “critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito”. Para o autor, “o paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal / formal / burguês e o do Estado Social de Direito”^{117, 118}.

Este ponto merece destaque, pois toca em uma questão muito sensível na discussão que aqui temos proposto. É de importância ímpar o fato de que o principal argumento que sustenta a proposta procedimentalista recaia na pretensão de ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal e social.

Sem desconsiderar a inovação e sofisticação desta tese, temos que sublinhar que a mesma encontra seus principais articuladores na Europa, em países que experimentaram, há muito tempo, a concretização do Estado de bem-estar social. Como desenvolvemos no

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 41.

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 39.

¹¹⁸ Para conhecimento de outras teorias procedimentalistas, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 41 e s.

primeiro capítulo, este modelo de Estado surgiu como resultado das tensões e efeitos negativos do modelo liberal.

Não se pode negar que também o Estado Social apresentou seus problemas e efeitos indesejados, mas a maioria destes estão ligados ao fato de que a maior atuação do Estado e interferência nas questões políticas, econômicas e sociais acabou por acarretar contradições e até mesmo perdas de direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles mais estritamente ligados ao paradigma liberal.

Daí se reconhecer a importância e pertinência de teses procedimentalistas, as quais propõem medidas para se conseguir dar um passo além e oferecer caminhos e medidas adequados para se resolver os problemas detectados. Acontece que, em nosso país, a situação é outra.

Como também mostramos no primeiro capítulo, a incorporação em nosso ordenamento jurídico dos ideais liberal e, especialmente, social, se deu de modo muito mais formal que material, sendo que nossa realidade político-social se mostra extremamente diferente, em que nosso liberalismo convive com nossa tradição monárquica e o Estado de bem-estar social não passou de uma quimera.

Se ainda estamos em vias de efetivar um Estado de bem-estar social, apesar de todos os méritos das teses procedimentalistas e das vantagens que estas possam oferecer, parece-nos que estas não se adequam muito à conjuntura de nosso país. Não queremos, com isto, dizer que estas teses devam ser simplesmente descartadas, mas que as teorias substancialistas se mostram mais afinadas com os nossos problemas e a nossa realidade.

Para deixar este ponto ainda mais claro, vale reportar a postura positivista e seus limites no que diz respeito ao fundamento do direito e de sua aplicação, que é o ponto em comum tanto das teses procedimentalistas como das substancialistas:

O positivismo escamoteia o problema da legitimidade ao declará-lo fora do sistema jurídico ou ao equipará-lo instrumentalmente à legalidade e também é assim que a práxis dogmática do direito “resolve” a questão. Não é função do jurista discutir os conteúdos axiológicos, afirma o positivista, tarefa da qual se desincumbiria o sistema político, autopoieticamente organizado. Ocorre que, com a complexidade sempre crescente, essa “solução” moderna não mais satisfaz e esse é um dos desafios da pós-modernidade¹¹⁹.

¹¹⁹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

O que deve ficar claro é que as teses procedimentalistas, assim como o positivismo, não querem aproximar a aplicação do direito a um plano argumentativo que remete para o âmbito valorativo, mas se este o propôs num contexto de desenvolvimento e afirmação do modelo político-econômico liberal, aquelas têm como pano de fundo de suas propostas a passagem pelo modelo social e uma necessidade de suprir os problemas deste advindos.

Antes de nos preocuparmos com os eventuais problemas decorrentes de um Estado de bem-estar social, parece-nos indispensável garantir e implementar suas promessas e benefícios, que conseguiram, onde mesmo hoje se tenta superá-lo, resolver ou, ao menos, amenizar graves problemas de desigualdade econômica, de falta de assistência básica na saúde, educação e até lazer. Vale destacar, nesse sentido, as palavras de Lenio Streck:

O modelo substancialista – que em parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. **É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra.** Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional. **O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *cheks and balances*, ou seja, como bem lembra Vianna, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente".**¹²⁰ (destaques nossos)

Do que se trata, portanto, é de garantir a efetividade do programa constitucional e da implementação do Estado de bem-estar social, o que se dá através da efetividade dos direitos fundamentais inscritos na Constituição. Esta, desta forma, passa a ser dirigente, isto é, conformar todos os atos do Estado e, também, dos cidadãos. E isto vai exigir, em países como o nosso, em que o paradigma social não foi realizado pelos poderes Legislativo e, principalmente, Executivo, uma maior atuação do poder Judiciário como um todo, no que temos chamado de processo constitucional.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 43.

Ao contrário do que muito se replica ingênua ou maliciosamente,

"a Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material".¹²¹

Acontece que esta implementação real e efetiva do programa constitucional vai exigir uma postura mais atuante do Poder Judiciário¹²², em que este assume uma proatividade e um papel de destaque em relação aos demais poderes e também a todo o funcionamento do Estado e até mesmo na vida dos indivíduos¹²³, para se poder alcançar os objetivos e anseios constitucionais.

Em um mundo altamente globalizado, onde pululam críticas à concepção de uma Constituição dirigente, é forçoso estarmos a par destas e dos problemas resultantes do modelo social de Estado na atual configuração econômica mundial¹²⁴, mas mais premente ainda,

¹²¹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 40, abr./jun. 1999.

¹²² "Observe-se como, nos dias atuais, correntes como o uso alternativo do direito, o ativismo judicial ou a hermenêutica filosófica, apesar de suas diferenças, propugnam exatamente por uma politização do judiciário, entendendo-o como criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiados economicamente. E mesmo os mais legalistas e os partidários de uma clara separação dos poderes reconhecem que esse princípio não pode ser mais compreendido como queria Montesquieu" ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

¹²³ "Na realidade, o que pretendem os atuais críticos da Constituição é a volta ao Estado mínimo do liberalismo do século XIX. Pretendem eles relegar o poder do Estado a simples garantidor, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, do funcionamento das três instituições fundamentais do Direito Privado e da economia de mercado: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil. Essa concepção, hoje em voga, pretende ignorar as mais atuais concepções do Direito Privado. A evolução do Direito Privado moderno, a partir de 1918, evidência uma série de traços comuns. O principal diz respeito à relativização dos direitos privados pela sua função social. O bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva do Estado e da sociedade, para conformar também o indivíduo" (BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 42, abr./jun. 1999).

¹²⁴ "Pode-se atribuir o descompasso a um 'mau' momento histórico da Constituição brasileira de 1988, uma constituição social surgida quando se rediscute o papel do Estado social. O discurso econômico dominante também vai contra a Constituição, que o refreia. O judiciário, apesar de seu espaço crescente, é em geral conservador. E a doutrina em geral, apesar de em tese mais 'livre' do que o juiz, também não tem contribuído para os avanços sociais aparentemente procurados pelo texto constitucional, limitando-se a relatos descritivos sobre a lei e a jurisprudência, sem cumprir sua função estratégica de opinar criticamente sobre o direito positivo e servir-lhe de vanguarda.

Ao longo desses 20 anos de Constituição, percebe-se que o movimento inicial de cautelosamente cercear os efeitos constitucionais por meio da jurisdição, por parte do Supremo Tribunal Federal, passa agora a ser um

parece-nos, é reconhecer a especificidade da realidade e conjuntura brasileira, para que não importemos ideologias e institutos jurídicos sem que estes passem pelo devido filtro a fim de se compatibilizarem com os nossos problemas e nossa conformação social.

Como adverte André Ramos Tavares,

"os paradigmas engendrados no contexto europeu talvez tenham tido, desde o início, uma assimilação conturbada e precária em países de modernidade tardia. A mudança, portanto, pode ser, em muitas ocasiões, uma verdadeira adaptação ou um despertar para um contexto diverso que exige uma perspectiva diversa. Assim se compreende, por exemplo, que na Itália, que realizou efetivamente seu projeto de Estado social (apesar de um aparente retrocesso em tempos mais recentes), seja escassa e mesmo rara alguma preocupação doutrinária com o papel (possibilidades e limites) do juiz na realização dos direitos de ordem social".¹²⁵

Demonstramos com tudo o exposto até aqui, o estado da arte em que se encontram as principais discussões a respeito do tema aqui discutido, isto é, o papel do judiciário adiante da necessidade de implementação dos direitos fundamentais. Mostramos, sobretudo, as preocupações e problematizações que conformam as mais variadas teorias e os argumentos por estas desenvolvidos.

Diante disto, podemos concluir, provisoriamente, que se faz imperativamente necessária a defesa, em nossa atual configuração político-social, do juiz constitucional como o define André Ramos Tavares, sendo este responsável, em sua atuação, pela plena implementação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, postura esta intrinsecamente ligada à supremacia e rigidez do corpo constitucional¹²⁶, isto é, de uma Constituição dirigente, como *deve ser* a nossa.

movimento de preenchimento, de ocupação de espaços" (ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205).

¹²⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, p. 14.

¹²⁶ Idem, *ibidem*, p. 13-32.

CAPÍTULO III - O ATIVISMO JUDICIAL E SUA TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Ativismo judicial

A expressão "ativismo judicial" tem sido empregada com uma frequência considerável nos meios doutrinário e jurisprudencial, recentemente. Aludida expressão é utilizada tanto na análise de uma decisão proferida por um juiz de primeira instância quanto do minucioso escrutínio de um acórdão do Supremo Tribunal Federal acerca de casos que envolvem alto grau de complexidade. A doutrina especializada reconhece a importância deste instituto como um fenômeno que vem alterando os parâmetros válidos de atuação do juiz constitucional¹²⁷, como é possível inferir do excerto de autoria de André Ramos Tavares:

"Estudar tais paradigmas significa enfrentar temas recorrentes, mas ainda próprios do constitucionalismo atual, como, por exemplo, o chamado "ativismo" judicial, a judicialização da política, a responsabilidade social do juiz constitucional e seu método de trabalho, dentre outros temas correlatos. Certos aspectos fáticos e algumas realidades políticas e ideológicas também não podem deixar de ser consideradas como novos horizontes quanto à realização da Constituição. Nesse sentido, não apenas as condicionantes reais de realizabilidade constitucional importam, o que exige um posicionamento que evite a derrocada da própria Constituição, mas, também, algumas situações culturais aparecem como de grande impacto na postura judicial".¹²⁸

Ademais, é importante indicar, de antemão, a fluidez conceitual do que se entende por ativismo judicial: como não há consenso doutrinário sobre o seu sentido e alcance¹²⁹, longe

¹²⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Ainda sobre a conceituação de ativismo judicial, Lenio Streck discorre sobre o assunto tomando o sistema norte-americano como paralelo, *in verbis*: "No Brasil, o termo ativismo judicial vem sendo empregado de um modo tábula rasa. Note-se: nos Estados Unidos, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que o ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao New Deal, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt. As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorreram em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que pelo resultado de um imaginário

disso, qualquer debate realizado em torno deste tema dependerá necessariamente de referências pontuais, isto é, dos significados emprestados pelos autores que se debruçaram sobre esta matéria.

1.1. Conceitos e concepções sobre o ativismo

A ausência de uma precisa definição sobre o que se compreende por ativismo judicial oportuniza à academia que se manifeste e desenvolva teses e novos marcos teóricos. Logo, há autores que encaram o fenômeno do ativismo judiciário como algo pejorativo, com o intuito de indicar excessos ou um desempenho disfuncional por parte do Poder Judiciário, e há autores que conferem à expressão um tom elogioso, traduzindo que algumas posturas ativistas nas sentenças ou nos acórdãos prolatados podem ser consideradas legítimas e adequadas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

A esse respeito, cumpre transcrever a observação feita por Elival da Silva Ramos:

No longo debate hermenêutico propiciado pela jurisdição constitucional estadunidense é preciso atentar para a ambiguidade do termo “ativismo”, que serve para caracterizar qualquer modalidade de não interpretativismo, mesmo que não destoante dos postulados positivistas. Diante disso, a expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais¹³⁰.

propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juízes e não de um sentimento constitucional acerca desta problemática. Já no Brasil, esse tema assume feições dramáticas" (O caso da ADPF 132: defender o texto da Constituição é uma atividade positivista ou originalista? **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1. n. 1, janeiro-junho de 2014, p. 282). Continua o autor aduzindo que o caráter dramático se dá pela incorporação do ativismo judicial como princípio pelo anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo: "Basta lembrar, nesse sentido, que ativismo judicial aparece como um princípio no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2o, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao ativismo judicial como um ‘princípio norteador’ (*sic*) do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina" (*Idem*, p. 283). De fato, a incorporação da expressão "ativismo judicial" no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo soa como um despropósito, uma vez que consiste num conceito assaz amplo e passível, destarte, de múltiplas interpretações, a depender do enfoque doutrinário a ele destinado. Há, dessa maneira, uma grande probabilidade de uma utilização irrefletida ou perfunctória do que muitos podem "imaginar" como sendo ativismo judicial

¹³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

De todo modo, considerando que o foco do presente trabalho é tratar desta temática sob um ângulo propositivo, cumpre discorrer sobre alguns fundamentos teóricos relacionados às perspectivas negativa e positiva sobre ativismo judiciário. Não se objetiva, com isto, chegar a uma definição sobre o que seja o “ativismo judicial” em última instância ou qual o modo correto de compreendê-la, mas apenas poder esboçar uma concepção e os motivos que a subjazem.

Deste modo, seguindo coerentemente a proposta metodológica que se tem desenvolvido, não importa conceber uma definição última sobre qualquer instituto ou assunto, mas explicitar da melhor maneira possível como compreendemo-los, para que assim possamos contribuir para um diálogo mais profícuo e sincero, e que o debate possa ser fomentado e não desencorajado.

Passaremos a abordar algumas críticas ao ativismo judicial, buscando mostrar, sobretudo, os pressupostos que embasam tais críticas, para daí podermos esclarecer o que se entende por esse ativismo judicial que se critica. Depois, passar-se-á a uma abordagem de posturas que mostram as vantagens e necessidades do ativismo, para, do mesmo modo, tentar explicitar como este conceito é ali compreendido.

Sob a ótica negativa, a legitimidade do “juiz ativista” é questionada, uma vez que se considera a existência de usurpação de função típica atribuída a ele pela Constituição Federal de 1988. Noutras palavras:

“por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”.¹³¹

¹³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

Noutras palavras, o excerto acima transcrito é claro no sentido de que o autor envia uma conotação negativa à prática ativista pelo Poder Judiciário, vale frisar, dentro do alcance e do sentido por ele estipulados ao instituto em comento, os quais aludem, principalmente, a uma postura em que os órgãos encarregados da decisão judicial acabam por extrapolar sua função, prolatando sentenças de cunho eminentemente político.

Importante procedermos a uma ligeira excursão histórica para se tentar identificar de onde vem esta delimitação da função do Poder Judiciário. É sobre a base do pensamento kantiano que se desenvolve o positivismo jurídico, em um momento em que as ciências exatas experimentavam um nível de desenvolvimento surpreendente, acreditava-se até que elas seriam capazes de resolver todos os problemas mundanos. O positivismo jurídico, então, faz uma análise do direito sob o prisma destas ciências, tentando dar a ele o mesmo tratamento dispensado a elas.

O direito é elevado à categoria de ciência, e passa a ter como objeto de estudo a norma, a qual, portanto, deve ser fundamentada previamente, o que lhe garantirá validade para que seja aplicada. Assim como nas ciências exatas, o objeto – que no direito é a norma – deve ser previamente fundamentado, para que possam ser considerados válidos os resultados de seu manuseio ou aplicação.

As normas, todavia, não conseguem abarcar, abstratamente, todas as situações que demandarão uma resposta judicial. Mas, como são previamente fundamentadas, têm validade, portanto devem ser aplicadas, fazendo com que, no positivismo jurídico, o juiz tenha total liberdade para decidir de acordo com o seu ponto de vista quando as normas se mostrarem insuficientes para resolver um caso. Esse constitui, segundo Lenio Streck¹³², o grande problema do positivismo: legitimar a discricionariedade do juiz.

Pelo fato de se contentarem com a uma legitimidade meramente procedimental, as teorias procedimentais não conseguem resolver o problema da discricionariedade no direito, apenas mudam o momento e o autor do ato discricionário, uma vez que haverá agora uma margem de discricionariedade por parte daquele que manipula o procedimento.

¹³² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Assim como o positivismo, o que estas teorias não conseguem enxergar é que pelo simples fato de se desenvolverem sobre bases teóricas que ainda se estabelecem em um paradigma em que o método é hipostasiado, portando a característica de fiador da verdade, não conseguem se livrar da metafísica. Nesta acredita-se que a ausência de métodos rígidos acarreta relativismos. Percebe-se que trilham, ainda, o caminho ditado pela modernidade, em que há um sujeito – o ser humano – que prevalece na relação com o objeto com o qual se relaciona, isto é, permanece a “subjetividade assujeitadora” de que fala Streck.

As teorias materiais-substanciais caracterizam-se pelo fato de defenderem uma atuação mais efetiva dos tribunais na jurisdição constitucional, pois sustentam que o caráter altamente dirigente e a força normativa que assume a constituição no paradigma do Estado Democrático de Direito legitimam a possibilidade de se buscar a implementação dos direitos e garantias fundamentais. É óbvio que mudanças tão drásticas na forma de encarar o direito, principalmente sob esse prisma neoconstitucionalista, requerem mudanças na forma de interpretá-lo.

Acontece que algumas destas teorias se estruturaram a partir da hermenêutica filosófica e, no intuito de conseguirem se ajustar às consequências que decorrem do fato de vivermos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, principalmente em um país de modernidade tardia, em que as garantias sociais estão longe de serem proporcionadas a todos, buscam traçar os limites dessa atuação mais proativa do Judiciário, e veem nisso a questão fundamental do direito.

As decisões em sede de jurisdição constitucional muitas vezes se encontram em uma linha limítrofe, bem tênue, entre direito e política. Há um grande perigo, pois as discricionariedades podem levar a um ativismo do Judiciário, o que excederia os limites impostos pela própria constituição a este órgão para desenvolver o “papel de destaque” assumido na tensão descrita. Evitar decisionismos é uma questão primordial para que se garanta a democracia, de acordo com as teorias estruturadas a partir da hermenêutica filosófica.

Vamos analisar aqui, de forma pormenorizada, alguns pontos relevantes da proposta da hermenêutica filosófica, especialmente porque os seus defensores, em geral, consideram-se alinhados a uma postura substancialista, ao reconhecerem que, especialmente em nosso país,

faz-se necessário reconhecer um conteúdo material na Constituição, o qual deve ser plenamente garantido e efetivado. Mas, ao mesmo tempo, busca-se, nesta vertente, estabelecer os limites para a atuação mais proativa do Judiciário, para que seu papel de destaque não se transforme numa “juristocracia”.

Lenio Streck identifica o ativismo judicial como uma postura em que as decisões são tomadas, mesmo que no intuito de garantir ou implementar direitos fundamentais, a partir da subjetividade do julgador, e não de critérios intersubjetivos, fazendo com que o juiz imponha à sociedade seus valores e crenças pessoais.

A partir desta constatação, propõe-se um confronto com teorias procedimentalistas, tanto as de cariz discursivo, como a de Habermas, quanto as de cariz argumentativo, como a de Alexy, sem desconhecer as suas grandes diferenças¹³³, mas acentuando um ponto que elas compartilham, que é o fato de ambas se calcarem em métodos para se chegar à verdade, ou melhor, à decisão correta.

A hermenêutica filosófica, ao contrário das teorias acima referidas, propõe uma nova concepção para a “interpretação”, de modo que o ato de interpretar é agora considerado como uno, e isto porque, ao contrário do que se acreditava, o ser humano não interpreta algo para conhecê-lo. Na verdade, a interpretação é alçada ao âmbito da aplicação, mas toda interpretação é antecipada por uma pré-compreensão e, assim, sempre primeiro compreendemos, para depois interpretarmos (aplicarmos).

Acontece que esta pré-compreensão que antecipa a interpretação não pode ser simplesmente confundida com um preconceito, ela remete à própria condição humana, ou melhor, à nossa condição existencial, porque, a partir do momento em que estamos no mundo, já sempre antecipamos sentidos: tanto em relação a nós mesmos – ou seja, o que ou quem somos, como nos reconhecemos – quanto em relação ao próprio mundo – os objetos que nele estão, inclusive aqueles do mundo da cultura.

Para ser mais específico, o que se dá é uma relação entre estas duas compreensões, pois elas não acontecem em momentos cindidos, separados, mas sim ao mesmo tempo, de modo que não conseguimos concebê-las separadamente, a não ser em um momento posterior,

¹³³ Para aprofundar mais nas diferenças, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

em que já compreendemos. Dito de outro modo, nós nos reconhecemos na medida em que reconhecemos o mundo em que estamos, projetando sobre ele a imagem que temos de nós mesmos, sendo que esta, por sua vez, é também condicionada pela compreensão que temos do (e no) mundo¹³⁴.

A pré-compreensão funciona como uma antecipação de sentidos, em que sempre antecipamos o todo, isto é, a totalidade da nossa existência, no nosso mundo, ou da parte dele que conseguimos (pré)compreender. É por isso que o ser humano sempre tem, de antemão, se não uma resposta, um posicionamento a respeito de tudo o que faz e do que tem que “decidir”. Caso a decisão ou o fazer esteja relacionado a coisas simples, do dia a dia, já se sabe o que fazer – ninguém se questiona, por exemplo, como deve fazer para tomar seu café da manhã –, mas caso se tenha que decidir algo mais complexo, entra em cena a necessidade de se pensar sobre isso.

Ocorre que isto já é uma postura, uma pré-compreensão da situação, que nos leva a considerar que precisamos de mais informações para pautar a decisão e, mais importante, estas informações serão, também, condicionadas pela nossa pré-compreensão, tanto do mundo e do assunto a respeito quanto de nós mesmos, uma condicionando e limitando a outra. Isto decorre do fato de que o ser humano sempre já compreende o mundo à sua volta, os entes, pois está em contato com eles; a compreensão é um existencial, ela simplesmente acontece como consequência do fato de que estamos inseridos em um mundo e relacionando-nos com objetos, sobre os quais não temos domínio, mas antes condicionam nossa compreensão¹³⁵.

Especialmente quando se trata de questões ligadas ao que poderíamos chamar de ciências do espírito ou ciências humanas, se o ser humano compreende ao passo que simplesmente existe, sendo esta sua condição, verifica-se que existe uma impossibilidade de se separar sujeito e objeto, porque a vida tem uma dimensão histórica em que o ser humano já está mergulhado desde sempre, da qual ele não consegue se separar e que condiciona toda sua compreensão desta própria história, diferentemente do que pode(ria) acontecer, por exemplo, na observação de um fenômeno físico¹³⁶.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 453 e s.

¹³⁵ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: Unijui, 2008, p. 34.

¹³⁶ Idem, *ibidem*, p. 45.

A vida se dá em uma dimensão eminentemente histórica porque ela não pode ser reduzida a nenhuma de suas várias dimensões, como social, política ou biológica. Todas estas se complementam e, acima de tudo, acontecem, antes de tudo, linguisticamente. A própria condição existencial do ser humano, que descrevemos acima, é linguística, ou seja, se dá na e através da linguagem. A linguagem é a condição de possibilidade do ser humano acessar os objetos, ela é o mundo sobre (a partir do) o qual falamos. E somente conseguimos expressar nossa (pré)compreensão através da linguagem¹³⁷.

O homem, dentro desta perspectiva, deverá sempre interpretar, o que faz sempre a partir, já, de sua pré-compreensão, que engloba uma totalidade em que estão inseridos, intrinsecamente ligados e condicionando-se reciprocamente, uma compreensão do mundo e de tudo que nele existe e a compreensão de si mesmo. A interpretação, sendo a explicitação desta pré-compreensão, se dá através da linguagem e, por ser limitada – o que remete à própria finitude humana –, sempre será incompleta, restando sempre algo não dito em tudo o que se diz.

Deste modo, ao interpretar, isto é, ao tomar decisões sobre tudo o que se faz, desde as coisas mais corriqueiras às questões mais importantes individual e socialmente, sempre se encobre a base, a pré-compreensão que possibilitou a própria interpretação. A linguagem traz em si uma dupla dimensão, uma lógico-formal – que manifesta as coisas na linguagem – e uma dimensão prática – que é aquela de nossa experiência de mundo, anterior e condição de possibilidade da própria linguagem que, nesta, encobre-se¹³⁸.

Existe uma diferença entre aquilo que é o mundo no modo como o (pré)compreendemos e o “mundo mesmo”, em sua realidade, sendo que esta não nos é cognoscível. E não o é porque esta diferença, ao contrário do que dispôs toda a tradição metafísica que Heidegger critica, é uma diferença ontológica, sem a possibilidade de haver uma ponte ou qualquer possibilidade de ligação entre elas, especialmente para que se possa, assim, corrigir uma instância em razão da outra¹³⁹. Não existe um mundo ideal e um real, que

¹³⁷ É por isso que Gadamer vai dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem. Cf. STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 15.

¹³⁸ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 21.

¹³⁹ “Em outras palavras, é preciso superar o abismo gnosiológico que sempre foi colocado, desde Kant, em termos de constituição de uma ponte entre o sensível e o inteligível, entre consciência e mundo, entre conceitos e

se ligam, mas um só mundo, que é linguagem, composto a partir da diferença ontológica entre o “mundo mesmo” e o mundo por nós apreendido.

Com a diferença ontológica percebemos que não podemos “assujeitar” os entes, os objetos, pois não temos domínio sobre eles, mas sim uma relação com eles. Desta relação resulta que nós os compreendemos porque existimos, e a partir do círculo hermenêutico, a outra base para o método fenomenológico, descobrimos que nós existimos enquanto compreendemos, trata-se da nossa faticidade.

E esta diferença ontológica somente pode ser percebida a partir de uma nova compreensão do que somos nós mesmos, os seres humanos – que Heidegger vai chamar de *Dasein*¹⁴⁰ – os quais se situam nesta própria diferença, isto é, de forma que o ser humano se coloca em questão ao colocar em questão a pergunta essencial da filosofia, a pergunta pelo Ser¹⁴¹. O que resulta disto, e que para o presente trabalho é o mais importante, é que o homem, deste modo, não pode mais ser compreendido como uma substância, um sujeito indiferente e apartado do mundo em que vive e, conseqüentemente, também tudo o que ele compreende.

A compreensão que temos do mundo é, então, sempre limitada pela nossa pré-compreensão e, assim, inautêntica, de modo que se ficarmos presos a ela, (re)produziremos interpretações inautênticas, inclusive e, especialmente, no direito. Nós deixamos de nos aprofundar à dimensão linguística do mundo e nos contentamos com a apreensão parcial que dele fazemos, mas acaba-se – principalmente falando-se de um juiz – por impor tal pré-compreensão aos demais, à sociedade¹⁴².

objetos. Estamos imersos numa dimensão em que o sentido sempre se antecipou. Portanto, qualquer tentativa de construção de uma ponte sempre chega tarde” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica filosófica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 240).

¹⁴⁰ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5ª ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 1995.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica filosófica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 145.

¹⁴² “A reviravolta linguística vai se concretizar como uma nova concepção da constituição do sentido. Esse sentido não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si independentemente de um processo de comunicação, mas deve ser compreendido como algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades linguísticas, sempre comunicamos reciprocamente, assinala D. Böhler, citado por Araujo, que acrescenta essa virada rumo à explicação de um caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana tem forte sustentação em Wittgenstein, cuja posição é próxima da nova hermenêutica de matriz heideggeriana. Tanto em Wittgenstein como em Heidegger, a linguagem é o dado último enquanto é uma ação

A pré-compreensão, sendo um existencial, ou seja, algo que é inerente à própria condição humana e que nos constitui, não é algo que optamos ou não por ter, mas que pode ser ou não levada em consideração de modo sério, e é justamente esta a proposta da hermenêutica filosófica que temos descrito até então.

E o que permite que se possa não só tomarmos conhecimento da pré-compreensão que limita nossas compreensões, mas oferecer um modo de lidar com isto, é a diferença ontológica que expusemos acima, além do círculo hermenêutico que a compõe. A primeira nos possibilita pensar algo enquanto algo, isto é, pensar a própria pré-compreensão enquanto tal, de modo que possamos perceber a limitação de tudo que pensamos e compreendemos.

Abre-se, então, a necessidade de se valer do círculo hermenêutico, que nada mais proporciona senão a possibilidade de se “prolongar” o processo compreensivo-interpretativo em que desde sempre já estamos inseridos. A ideia do círculo hermenêutico é que quanto mais compreendemos a parte, melhor compreendemos o todo e, quanto mais compreendemos este, melhor compreendemos aquela.

Levando isto em consideração, tudo aquilo que já (pré)compreendemos, deve ser constantemente questionado, de modo que a pré-compreensão não seja simplesmente aquilo que condiciona a interpretação, mas que, enquanto tal, ela possa ser (re)pensada. Toda e qualquer pré-compreensão deve ser confrontada com o horizonte de sentido em que ela se insere, para que possa ser corrigida dentro deste, a partir do alargamento dos pré-juízos que o intérprete inerentemente traz consigo.

Este bater de frente entre aquilo que já se antecipa na compreensão e o horizonte de sentido em que esta foi forjada, é chamado de choque hermenêutico¹⁴³, choque no qual, através do círculo hermenêutico, pode-se haver a correção das pré-compreensões do intérprete, que não pode atribuir qualquer sentido às questões que lhe cabe decidir, especialmente em se tratando do direito, em que suas decisões possuem pretensão de universalização ou, ao menos, de se impor a outras pessoas.

fática, prática. Precisamente enquanto práxis interativa, ela não pode ser explicada como produto de um sujeito solitário, como ação social, mediação necessária no processo intersubjetivo de compreensão” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61).

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 240.

Dentro deste paradigma a interpretação deve ser considerada como a explicitação do resultado do choque hermenêutico, sendo, assim, a aplicação daquilo que se compreende quando se confronta a facticidade, que encobre o sentido de sua própria apreensão – ou pré-compreensão –, com a situação hermenêutica, histórica, em que estamos inseridos e na qual aquela se dá.

O que se quer dizer é que há uma diferença, uma tensão entre o mundo e sua (pré-) compreensão, que, no direito, especialmente, apresenta-se como a tensão ou diferença não apenas entre o texto e a norma, mas entre o próprio direito e sua (pré)compreensão por todos os juristas que proferem, a partir dele, suas interpretações. A tarefa da hermenêutica filosófica consiste justamente em não ocultar esta tensão, mas em propiciar que ela seja desenvolvida conscientemente¹⁴⁴.

Disto decorre que entre texto e norma não há uma cisão, pois se houvesse se abriria espaço para o subjetivismo, mas também não existe uma identificação entre eles, o texto não traz em si todo o sentido da norma, o que abriria espaço para uma postura interpretativa de cunho objetivista. O que há entre texto e norma é uma diferença, a diferença ontológica. Negar essa diferença significa negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. O que importa é que o próprio texto, por causa da diferença ontológica, já traz em si um limite para a atribuição de sentido, posto que o texto fala de alguma coisa, devemos respeitar isso, não se pode atribuir qualquer sentido a qualquer texto, mas o sentido deve ser atribuído, dentre outras coisas, em razão do que o texto trata¹⁴⁵.

A interpretação na hermenêutica filosófica se dá em um processo uno, não é feita por etapas que devem ser seguidas à risca, sob pena de não validade do processo interpretativo. Interpretar é, desse modo, iluminar as condições sobre as quais se compreende. Na verdade, essa explicitação é o espaço “epistemológico” da hermenêutica. Explicitam-se as condições pelas quais se compreendeu. Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar o que foi fundamentado; trata-se, pois, de fundamentar a fundamentação¹⁴⁶.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 243.

¹⁴⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. E, de modo mais circunstancial, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 315.

¹⁴⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 223.

É neste esforço hermenêutico, de acordo com Lenio Streck, que se daria o ensejo para a “abertura” dos princípios constitucionais, sendo que, na realidade, estes princípios têm o condão de “fechar” a interpretação. Como seria isto?

Ao contrário do que defende a maioria da doutrina, Streck propõe que os princípios constitucionais devem ser encarados como “a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso – concreto –, que só existe na sua singularidade”¹⁴⁷. Deve-se, portanto, valer dos princípios como uma “abertura” que coloca em diálogo a pré-compreensão do intérprete com a tradição na qual está inserido, para que esta possa corrigir aquela, e a interpretação seja fruto do que decorre da vontade da comunidade, e não de como interpreta esta cada juiz isoladamente.

Deste modo, o princípio, enquanto explicitação da tradição, que expressa os valores morais da comunidade, e não só do intérprete, acaba por fornecer os parâmetros para que a interpretação não se dê de modo subjetivista, mas que o subjetivismo que lhe é inerente no começo do processo possa ser corrigido através de todo o arcabouço fornecido pela hermenêutica filosófica. Os princípios, portanto, fecham a interpretação ao fornecer para o intérprete os limites que não podem ser trespassados – subjetivamente.

Conclui o referido autor que uma postura ativista, apesar de buscar garantir e promover direitos fundamentais, acaba por ter um efeito contrário, rompendo com o Estado Democrático de Direito, já que aquilo decidido juridicamente não refletiria as valorações morais impostas por uma determinada comunidade, de forma intersubjetiva, mas a interpretação que a esta dariam alguns juízes ou tribunais. Como adverte:

"Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o Direito é um sistema de regras e princípios, comandado por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e, na maior parte das vezes, são – mais abertos, em termos de possibilidades de significado, não constitui nenhuma novidade. O que deve ser entendido é que a aplicação desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, dando razão a Kelsen (1987), para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade (*sic*). **O drama da**

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 216.

discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam Direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente)".¹⁴⁸ (destaques nossos).

De todo o exposto podemos destacar a possibilidade de distinguir judicialização da política de ativismo judicial, atribuindo-se a este termo uma conotação negativa que diz respeito à discricionariedade perpetrada pelo judiciário, de modo que este órgão acaba por extrapolar o âmbito de suas funções e arvora-se na função de legislador. Já a judicialização da política seria um fenômeno contingente, decorrente da necessidade, especialmente em países de modernidade tardia como o nosso, de o judiciário tomar uma postura mais proativa na defesa e promoção de direitos fundamentais, sem, contudo, ultrapassar a tênue linha que a diferencia do ativismo¹⁴⁹.

O ativismo judicial, enquanto uma intromissão do Poder Judiciário nas esferas propriamente políticas, é considerado um fenômeno maléfico e contrário ao Estado Democrático de Direito, pois pode-se verificar primeiramente uma ruptura com a segurança jurídica (Estado de Direito) como, também, uma ruptura com a própria noção de democracia, quando se tem uma ou poucas pessoas decidindo questões sociais desde um foro íntimo, e não a partir de critérios intersubjetivos (Estado Democrático).

Ao proceder de tal forma, ativista, os juízes e tribunais estariam, ademais, a pretexto de cumprir e efetivar a Constituição, descumprindo-a. E a solução para isto deve ser o respeito adstrito, apesar das dificuldades, aos limites entre o jurídico e o político, onde esta esfera não pode ser capturada por aquela. Este seria, sobretudo, um problema brasileiro, decorrente de uma má incorporação do que se desenvolve por “ativismo” em outros países¹⁵⁰.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 1(1):65-77, jan./jun. 2009, p. 69.

¹⁴⁹ Para aprofundar nesta diferenciação, cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst – Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

¹⁵⁰ “Podemos então expressar **um ativismo brasileiro com contornos bem delimitados e diferentes do que se observa nos Estados Unidos e na Alemanha**. Enquanto que nestes dois países o ativismo está ligado,

Esta preocupação se mostra extremamente importante, pois não há que se falar em democracia sem que as ações e, principalmente, as decisões tomadas não estejam em consonância com o que são os valores e ideais comunitários, mas que reflitam posicionamentos, crenças e ideologias de uma pessoa ou de determinado órgão ou grupo, desconsiderando-se os demais.

Acontece que, apesar disso, e sem negar a importância fulcral de se buscar combater ao máximo qualquer postura que não se coadune com a democracia, acredita-se que há um problema ainda mais fundamental que, inclusive, o antecede tanto lógica quanto ontologicamente: o problema de se saber – ou se pode definir – os limites entre o político e o jurídico.

Ou, dito de outro modo, o problema principal passa pela compreensão de que todo posicionamento a respeito deste limite já opera numa dimensão política-histórica-social que o condiciona.

Deste modo, passamos a desenvolver o mesmo problema desde um ponto de vista um pouco diferente, para mostrar que, apesar de se concordar com estas preocupações e se aceitar muitos destes pressupostos, ao se mudar o enfoque há uma abertura para consequências muito diferentes, apesar de “pouca” divergência teórica. É este outro ponto de vista sobre a questão dos limites entre o político e o jurídico que passamos a expor.

resguardadas as diferenças, à manutenção e efetivação de direitos fundamentais, especialmente os individuais, onde se busca adequação constitucional – apesar dos riscos –, no Brasil o ativismo se mostra como um fenômeno oposto. **O nosso ativismo acaba por coibir os direitos fundamentais ao proceder o STF em esferas nas quais não lhe foi atribuída competência constitucional**, sendo que não se verifica em seus fundamentos, pelos seus defensores, a manutenção dos direitos fundamentais, mas sim a possibilidade de infringi-los em razão do que a Corte entende por motivos de relevância social. **Nossos ministros agem como legisladores, sendo que não possuem legitimidade para tanto e nem há autorização constitucional para tanto**. Acabam não observando a Constituição e até mesmo procedendo à alteração de seu texto a pretexto de conformá-la às mudanças sociais. Uma resposta correta é a que se constrói levando em consideração a Constituição, sendo que uma compreensão autêntica do direito nos permite expor que seu vínculo primordial é com a garantia dos direitos fundamentais individuais, por se tratar de um mecanismo de limitação do poder, sendo que limita até mesmo o poder do órgão responsável por sua interpretação” (destaques nossos) (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst – Academia Brasileira de Direito Constitucional**, p. 301-302. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016).

1.2. A política nos limites do jurídico

Se a preocupação descrita no tópico anterior gira em torno da questão de se ter que traçar os limites entre o político e o jurídico, de modo que este não adentre a esfera daquele e atue de maneira não democrática, agindo politicamente, o que se pretende mostrar agora é que, apesar da seriedade e gravidade decorrentes de uma atuação assim, esta será sempre um risco possível, o qual deve mais ser compreendido que afastado ou evitado, pois na tentativa de se evitar que a decisão jurídica se mostre política, (a) primeiramente já se encobre a própria dimensão política em que este limite é traçado, sendo esta uma questão, portanto, mais fundamental; e (b) corre-se um risco maior ainda, que é o de impossibilitar a garantia e efetividade de direitos fundamentais por medo de se feri-los, sendo que, caso isto ocorra, será sempre possível uma atitude posterior, enquanto que a inércia deixa as coisas como estão, blindando o *status quo* que se procura combater.

O tema é muito espinhoso e de difícil compreensão, mas é necessário que não se olvide esforços para desenvolvê-lo, e acreditamos que se deve, antes de tudo, aprofundar na sua problematização. Neste sentido é que se passa a expor, a seguir, alguns argumentos – no sentido de colocar o “ativismo judicial”, entendido como uma atuação política do judiciário, como o principal problema da democracia – de teorias procedimentalistas que corroboram a crítica acima apresentada¹⁵¹.

Este fato, de que teorias e correntes as mais variadas apresentem argumentos que se aproximam e, noutros pontos, se afastam completamente, é mais um sintoma de que o tema está longe de poder ser resolvido de uma vez por todas. Mas mostra, por outro lado, a necessidade de se buscar uma melhor compreensão e problematização.

¹⁵¹ Nesse sentido, vale destacar as palavras de Streck no que tange à dicotomia *procedimentalismo* vs. *substancialismo*: “a grande diferença de cada um destes aportes teóricos está no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem direitos fundamentais. As posturas *procedimentalistas* não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das ‘regras do jogo’ democrático; já as posturas *substancialistas* reconhecem o papel concretizador e veem o judiciário como um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento das democracias contemporâneas”. Esclarecendo melhor o significado das posturas *substancialistas* o autor destaca que sua adoção “não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta *como* concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52).

O ativismo é sempre uma intervenção discricionária no sentido forte¹⁵², e isto significa uma decisão que não apresenta parâmetros intersubjetivos a partir dos quais foi tomada, fazendo com que não possa ser, portanto, criticada como correta ou não. Assim, acredita-se ser o problema fundamental poderem se estabelecer parâmetros e critérios de acordo com os quais as decisões judiciais mostrar-se-iam corretas, ou seja, não ultrapassariam o limite entre o jurídico e o político.

No mesmo sentido há toda uma construção que resulta de longevos e acalorados debates a respeito do ativismo judicial, deste modo entendido, nos Estados Unidos da América, em que, de acordo com Brunella Casalini,

"a prática constitucional novecentista ultrapassou tanto os limites entre direito público e direito privado quanto aqueles entre direito e política. O reconhecimento de um ineliminável elemento de discricionariedade interpretativa por parte do juiz e o ativismo da Corte Suprema obrigaram a repensar o papel da interpretação judiciária da Constituição, bem como o significado, as virtudes e os limites próprios do *rule of law*".¹⁵³

A Corte Constitucional norte-americana assumiu uma postura muito ativista, no sentido de ultrapassar o limite entre o jurídico e o político e adentrar as esferas de atuação do Legislativo e, especialmente, do Executivo. Sendo o ativismo compreendido nestes termos, tal interferência não se dá apenas de modo “ativo”, quer dizer, de a ação do Judiciário se mostrar

¹⁵² “Devemos evitar uma confusão tentadora. O sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52). “Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido fraco; um sentido forte; e o sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário determina-se a partir da possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas. A esse sentido, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin, no fato de que em seu sentido forte a discricionariedade implica incontabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Desse modo, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente” (TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28).

¹⁵³ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito. História, teoria e crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 283.

como substituta da dos demais poderes, mas pode ser uma interferência no sentido de impossibilitar as suas ações.

Foi isto que se viu, por exemplo, logo após a grande crise de 1929, em que a derrocada do modelo de Estado Liberal nos EUA fez com que o governo, mormente no que diz respeito à atuação do Poder Executivo, tomasse uma série de medidas para resolver a situação. Acontece que estas tinham nítido caráter social, e demandavam, portanto, uma forte intervenção do governo na economia, a fim de que esta pudesse ser salva. Estas medidas, quando judicializadas, num primeiro momento, foram barradas pela Suprema Corte, que defendia aquela velha postura de não intervenção atrelada ao liberalismo¹⁵⁴.

Este não foi o único caso de ativismo judicial registrado e combatido nos EUA, mas com certeza figura como dos mais notáveis. Nele se percebe a problemática em relação ao judiciário extrapolar seus limites e funções e, assim, adentrar a esfera propriamente política. Mas nem por isso pode-se dizer que o ativismo judicial nos EUA é algo facilmente identificável na história, já que esta tem mais de duzentos anos¹⁵⁵.

Como bem percebera o juiz Holmes, da Suprema Corte, a nação está em constante desenvolvimento, de modo que os autores da constituição não poderiam prever completamente seu desenvolvimento, cabendo ao judiciário zelar pela adaptação do texto constitucional às mudanças sociais. Assim,

"a necessidade sentida pelo tempo, as teorias morais e políticas predominantes, as intenções da política pública, declarada ou inconsciente, até mesmo os preconceitos que juízes compartilham com seus colegas, tiveram muito mais influência do que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens devem ser regidos. A lei incorpora a história de séculos de desenvolvimento de uma nação, e isso não pode ser tratado como se contivesse apenas axiomas e corolários de um livro de matemática".¹⁵⁶

¹⁵⁴ Cf. LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**: selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

¹⁵⁵ O crescimento do ativismo judicial nos EUA se confunde com o próprio desenvolvimento da Corte Constitucional e também com sua história, contextos e mudanças sociais que lhe são causa e consequência. Para aprofundar no assunto, cf. WOLF, Christofer. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretative to judge made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994.

¹⁵⁶ HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The common law**. Boston: Little Brown, and Co., 1881, p. XXIV.

A despeito de cumprir esta necessidade, sempre premente, de adequar o direito posto à realidade social, que está sempre se ampliando, desenvolveu-se uma crença generalizada de que o papel do juiz deve ser não simplesmente aplicar o texto constitucional de forma ingênua e desconectada da realidade, mas atualizar a constituição, mantendo-a viva. Acontece que

"a busca do significado “atual” é típica dos juízes que pretendem transformar a Constituição em uma *living Constitution*, em uma Constituição flexível e adaptável à mudança. Por detrás da aparente virtude da flexibilidade, a noção de *living Constitution* esconde, segundo Scalia, o perigo do arbítrio por parte do Poder Judiciário e da incerteza do direito".¹⁵⁷

É contra esse risco, do Judiciário agir de modo arbitrário, que Habermas, por exemplo, critica o ativismo judicial e a Constituição como “algo em si”, que conteria uma ordem de valores e preceitos a serem efetivados ou “atualizados” por um órgão específico, o Judiciário, tornando-se este o seu proprietário e legitimado último para decidir sobre a organização social, seus rumos e mudanças.

A Constituição, para Habermas, não pode ser entendida como a “ordem” que regula a relação entre o Estado e os cidadãos, portanto, mas deve ser o ponto de partida para uma vida em comum, de modo que esta jamais pode ser determinada de antemão¹⁵⁸. Assim, para o autor:

"E se (...) pretendermos manter, não apenas o Estado de Direito, mas o Estado Democrático de Direito e, com isso, a ideia de auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de discernimento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de

¹⁵⁷ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). O Estado de Direito. História, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 286-287.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 36.

autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida".¹⁵⁹

Nesta sua crítica tanto ao positivismo – em que se propõe que as respostas para os litígios devem estar pautadas no ordenamento jurídico previamente existente, seja de forma prevista na legislação ou, em caso de lacunas, a partir de sua integração no próprio ordenamento – quanto à Jurisprudência dos Valores – proposta teórico-metodológica que surge na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial e que propõe que a “Constituição” carrega uma série de valorações que devem ser efetivadas pelo intérprete –, Habermas pretende mostrar que o ativismo judicial proporciona decisões judiciais de cunho não intersubjetivo – seja objetivista, no primeiro caso, ou subjetivista, no segundo.

Complementando os argumentos que veem no ativismo judicial uma postura não democrática, posto que as relações e demandas sociais passam a ser decididas sem uma participação efetiva dos cidadãos, seja direta ou indiretamente, Antoine Garapon vai dizer que o “ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”¹⁶⁰.

A preocupação de Garapon justifica-se em um cenário em que as questões político-sociais têm sido cada vez mais judicializadas, já que as principais demandas dos cidadãos, mesmo tratando-se de direitos fundamentais, reconhecidos e positivados nas constituições, são reiteradamente menoscabadas pelo poder público em geral, somente conseguindo guarida pelas vias judiciais. Denuncia, então, o autor que

a jurisdição é, doravante, um modo normal de governo. A exceção torna-se a regra, e o processo de resolução de um conflito torna-se o modo comum de gestão de setores inteiros como o da família e o da imigração. Enquanto, antes, a concebíamos de forma negativa e punitiva, a justiça torna-se, progressivamente, positiva e construtiva. Enquanto, outrora, a instituição judiciária revelava algum atraso relativamente aos costumes, doravante, é portadora das esperanças da mudança. (...) O direito contemporâneo, actualmente fora da alçada do Estado, continua a ser excessivo em relação àquilo que está estipulado, e a justiça, nomeadamente a justiça

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 325 e s.

¹⁶⁰ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 47-48.

constitucional, surge como o espaço de decisão permanente entre o ideal do querer viver em conjunto e a dificuldade da acção política¹⁶¹.

O Poder Judiciário, com sua postura ativista, acaba por sequestrar o espaço público, imiscuindo-se na esfera política e colocando-se como a única instância capaz de adimplir as promessas constitucionais no que diz respeito ao enorme rol de direitos fundamentais e valores democráticos que conforma a Constituição. Mas, com isto, este poder acaba por extrapolar a própria Constituição, ao colocarem-se os juízes como únicos legitimados a interpretar e aplicar a Constituição em última instância, proferindo a última palavra sobre esta, desde apenas suas próprias (pré-)compreensões a respeito do assunto.

É por isto que simplesmente propor uma ordem valorativa que subjaz a Constituição não significa, para Lenio Streck, superar o positivismo jurídico e sua pior consequência, o ativismo judicial, a abertura para o intérprete dar aos textos legais a significação que bem lhe aprouver, sem que existam critérios externos para se aferir a correção, ou melhor, a legitimidade ou não da norma resultante do processo interpretativo.

Conforme o autor, a “superação do positivismo”, então, “implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática”¹⁶². Superar o positivismo é condição de possibilidade para se promover uma verdadeira democracia, e isto implica superar o ativismo judicial, sendo que “é a possibilidade efetiva de respostas corretas que serve como blindagem contra ativismos/discricionariedades”¹⁶³.

Ainda sem obliterar os múltiplos significados dispensados à expressão ativismo judicial e ciente da predominância de uma acepção negativa sobre a expressão, este trabalho, por meio de seu corte metodológico, almeja perscrutar o “bom” ativismo ou ativismo de

¹⁶¹ Idem, ibidem, p. 47-48.

¹⁶² “Pois, de efetivo, a hermenêutica se apresenta nesse contexto como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas. Nisso talvez resida a chave de toda problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade.” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 96).

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, p. 388.

qualidade, que tem como principal predicado a concretização de direitos fundamentais, importante instrumento de legitimação de decisões reconhecidas como ativistas.

Há correntes que militam em favor de um sentido positivo, sendo a proposta desenvolvida por André Ramos Tavares a que melhor consegue propiciar uma abordagem mais profunda do problema e, parece-nos, mais adequada também à nossa realidade político-social.

Sobre este tópico, vale a pena transcrever passagem de Konrad Hesse, dissertando sobre a interpretação constitucional enquanto um procedimento de concretização da Constituição:

"Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da 'realidade' a ser ordenada (...) Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma."¹⁶⁴

Como bem pontua André Ramos Tavares:

"É certo, ademais, que o termo "ativismo", atrelado à ideia de um Estado judicial, ao contrário do que ocorre em outros segmentos, assumiu uma conotação negativa. Neste estudo, contudo, seu uso é reputado como institucionalmente relevante e adequado, uma questão conceitual, como se pretende demonstrar. Procurar-se-á enfrentar, neste capítulo, exclusivamente o tópico da legitimidade (democrática) calcada na sua relação com os direitos fundamentais, tendo em vista a sua utilização corrente como uma espécie de elemento legitimador universal".¹⁶⁵

E ainda, o premente autor sinaliza claramente o equívoco de tratar indistintamente o ativismo judicial e o que intitula de populismo judicial, o qual consistiria num "juiz

¹⁶⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20 ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

apaixonado" que almeja a adulação da popularidade, lançando mão de expedientes e de recursos retóricos, com o fito de despertar respostas sentimentais em seus destinatários. O autor conclui, nesse diapasão, que aludida forma de sentimentalismo judicial deve ser reprovada e extirpada das práticas judiciais¹⁶⁶ e, além disso, deixa claro, quanto à atuação do juiz constitucional, que esta “não deve chegar ao ponto de sucumbir às tentações do jusrealismo, que repele a Constituição-texto como limite de sentido constitucional”.¹⁶⁷

Em todo caso, vale destacar que, por mais que não se objetive aqui dissertar sobre a riqueza e complexidade que remetem à expressão “ativismo judicial” a partir de uma perspectiva histórica, é imprescindível reconhecer que houve uma promoção institucional relevante por parte do Poder Judiciário em geral e, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao seu protagonismo em temas políticos, sociais e econômicos caros à sociedade brasileira.

Sobre o seu papel de destaque, a visão de Oscar Vilhena Vieira encarna de maneira provocativa o que chamou de “Supremocracia”, resultado deste paulatino e gradual enrobustecimento fundado na Constituição de 1988:

"Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador".¹⁶⁸

¹⁶⁶ Idem, ibidem, p. 22-23.

¹⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

¹⁶⁸ Segundo ele: "A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988 já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais

Pode-se perceber, mais uma vez, uma preocupação com os limites entre o jurídico e o político na atuação proativa requerida – constitucionalmente – do Poder Judiciário como um todo, e do Supremo Tribunal Federal especialmente. Ocorre que, como já deixamos claro acima, sem desconsiderar a importância de se pensar estes limites, pensamos haver um ponto, essencial, que não está sendo considerado como deveria, que trata do fato de que *qualquer tentativa de se estabelecer os limites entre o âmbito político e o jurídico, já é uma ação política e, ademais, sujeita às pré-compreensões de quem a postule, assim como de suas limitações interpretativas*.

Toda interpretação constitucional vai girar em torno não só de como aplicar e efetivar a Constituição e todo seu conteúdo valorativo, mas do que se compreende pela própria Constituição e, mais ainda, por democracia. Para ficar mais claro, tanto quem postula que o ativismo judicial acaba por romper com a ordem constitucional a pretexto de aplicá-la quanto quem defende um ativismo que transborda para posturas extremistas como o jusrealismo fazem-no a partir do que compreendem por Constituição e democracia, no momento em que cuidam da aplicação ou interpretação da primeira, de modo concreto ou hipotético.

Como pontua Elival da Silva Ramos, a classificação das normas constitucionais no que tange à eficácia denota um processo hermenêutico que necessariamente deve obedecer à circularidade gadameriana, no sentido de que após uma leitura inicial do texto constitucional as classificações são construídas em torno do “grau de potencialidade para a produção de efeitos jurídicos”, sendo certo que a sua concretização, diante da necessidade de dirimir querelas, recorrerá à teleologia e à correspondente logicidade da classificação defendida¹⁶⁹.

reforçado pelas emendas de nº 3/93, e nº 45/05, bem como pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. Supremocracia tem aqui um 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” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV São Paulo**, p. 441-464, jul.-dez. de 2008, p. 444).

¹⁶⁹ “O processo hermenêutico, como não poderia deixar de ser, também aqui obedece à circularidade gadameriana: de uma interpretação *prima facie* dos dispositivos constitucionais são construídas classificações que ordenam as normas a partir deles construídas, tendo como critério o seu grau de potencialidade para a produção de efeitos jurídicos; a concretização desses preceitos, em face da necessidade de solução de questões controversas, permite, em um segundo momento, aferir a consistência lógica e a adequação teleológica das

Nesse diapasão, a centralidade do Supremo Tribunal Federal, assim como do Poder Judiciário em geral, em lides e debates com alto teor político (matéria que não constitui o escopo deste trabalho) e na implementação de direitos fundamentais, passou a ser um dado. A inércia na condução de pautas legislativas relevantes e a letargia dos Executivos em prover respostas rápidas e dinâmicas à sociedade têm como resultado a afluência dessas controvérsias ao Poder Judiciário.

Sobre este ponto, é importante ressaltar novamente que as normas constitucionais, principalmente as consagradoras de direitos fundamentais, geram expectativas aos seus destinatários. Daí por que o papel indispensável do Poder Judiciário de apontar num sentido que demonstre a preocupação do Estado com as correspondentes promessas constitucionais.

Assim, invocar a teoria tricotômica de José Afonso da Silva como forma de inviabilizar a prestação jurisdicional é uma maneira de drenar das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais sua potência eficaz. E ainda: trata-se de uma operação interpretativa que olvida o papel central adotado pelo Poder Judiciário no sistema brasileiro.

Novamente, é de fundamental importância destacar a acurada análise de Elival da Silva Ramos:

Por seu turno, conforme precisa observação de Habermas, “a controvérsia dos constitucionalistas americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional (aí compreendido o tema do ativismo) segue mais na linha politológica do que na da metodologia do direito”. **Constata-se que o ativismo judicial é, nessa polêmica centenária, avaliado à luz de exigências da ideologia democrática**, privilegiando-se o aspecto ético ou procedimental da democracia, conforme o caso. Hércules, o juiz idealizado por Dworkin, é autorizado a praticar o ativismo (no sentido amplo de criação do direito) em nome de uma concepção de direito como integridade, que procura conciliar o direito com a ética, vinculada ao processo histórico do constitucionalismo estadunidense, de índole sabidamente democrática. Como bem sintetiza Javier Dorado Porras, “Ronald Dworkin procura justificar a jurisprudência das cortes Warren e Burger através de um interpretativismo moderado – que se baseia na defesa da teoria substantiva dos valores –, defendendo a ideia de que a Constituição tem um significado unívoco, e a necessidade de um tribunal ativista para determinar ou descobrir esse significado”. O procedimentalismo de J. H. Ely, de outra parte, não

classificações propostas, em um movimento que se repete à medida da sucessão dos eventos que devam ser objeto de decisões pelos operadores do sistema” (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. Saraiva, 2015, p. 192).

deve ser compreendido como uma concepção ética da jurisprudência, que o situaria na prestigiosa corrente do pragmatismo estadunidense, e sim como a defesa de um ativismo moderado, que se limite à complementação do projeto democrático desenhado pelos Founding Fathers, voltado apenas à organização de um quadro institucional que favoreça o livre exercício da competição política. **Parte-se, portanto, da elaboração de uma teoria da democracia para se concluir em que condições seria legitimamente exercido o ativismo dos juízes e tribunais, mesmo que importando em interpretação e aplicação do direito descolada dos textos constitucionais ou legais de referência.** Muito embora Dworkin, Ely, Michael J. Perry e outros constitucionalistas estadunidenses seguramente estruturam o seu pensamento a partir de uma determinada concepção de direito, não abordam o tema do ativismo judicial sob o viés jurídico-dogmático, deixando, assim, amplo espaço a ser preenchido por trabalhos como este que ora se apresenta. A peculiaridade deste estudo, em termos dogmáticos, é que não tem ele por objeto um instituto ou mesmo uma categoria conceitual resultante de disposições normativas¹⁷⁰ (destaques nossos).

Podemos, a essa altura, fazer algumas considerações para marcar a proposta aqui desenvolvida. Primeiramente, há uma diferença nas discussões a respeito do ativismo judicial na tradição norte-americana e na europeia, mas há uma diferença ainda maior destas duas realidades para a nossa, brasileira¹⁷¹. Por isso, apesar da influência que ambas as tradições têm em nossa história e ordenamento jurídico, questões peculiares de nossa sociedade acabam por soçobrar, sendo que estas são, a nosso ver, as questões fundamentais nesta seara.

Trata-se, pois, a isto que Elival destaca como sendo a questão de fundo, que é condição de possibilidade de todas as demais que pretendem adentrar a dimensão da

¹⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. Saraiva, 2015, p. 32-34.

¹⁷¹ “A criatividade inerente à interpretação normativa permite que nela se vislumbre algo de político, como, superlativamente, já fizera Kelsen, na Teoria Pura do Direito. Essa dimensão política avulta consideravelmente, pelas razões já vistas, no âmbito da jurisdição constitucional, não apenas pela natureza intrinsecamente política das normas da Lei Maior, mas, principalmente, pela amplitude do espaço de interpretação em que se move o exegeta, no que pertence às normas paramétricas. Se assim é em um sistema de controle de matriz estadunidense, não resta dúvida de que a concentração da competência para a fiscalização dos atos legislativos e as demais características do sistema europeu que se lhe associam tornam ainda mais acentuada essa presença do elemento político, o que também permite que se fale, sob um prisma positivo ou negativo, na politização do exercício da função jurisdicional. As Cortes Constitucionais europeias tendem, naturalmente, para o ativismo vinculado à interpretação concretizadora, pelo simples motivo de que tal postura se mostra mais adequada a Constituições de perfil social-democrático, auxiliando o órgão monopolizador do controle na edificação da nova ordem projetada pelo Constituinte, com o gradual avanço na implementação desse projeto, na medida em que as condições materiais da sociedade o permitam. Ao contrário, nos Estados Unidos, a despeito do vigor doutrinário do construtivismo, radical ou moderado, e dos resultados alcançados pela interpretação evolutiva, responsável última pela sobrevivência da vetusta Constituição de 1787, apenas a concepção liberal da Constituição e do sistema de controle de constitucionalidade pode explicar a resistência, naquelas plagas, do interpretativismo, que até mesmo recuperou espaço nas últimas duas décadas” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. Saraiva, 2010, p. 452).

legitimidade das ações e decisões judiciais – e não ficar apenas num âmbito mais adstrito à legalidade, à dogmática, como propõe o autor –, isto é, de que, para se tomar um posicionamento a respeito do ativismo judicial no que diz respeito ao seu mérito e limites, parte-se sempre **da elaboração de uma teoria da democracia para se concluir em que condições seria legitimamente exercido o ativismo dos juízes e tribunais.**

A postura adotada pelo referido autor é tão importante quanto as outras anteriormente referidas, mas, assim como elas, não adentra o âmago da questão, e passam ao largo da decisão primeva e mais importante: aquela sobre a democracia. Não simplesmente do que seja esta, mas qual a democracia, ou talvez, melhor dizendo, quais os melhores meios de se efetivá-la, não abstratamente, mas levando-se em consideração a realidade política e social.

Deste modo, toda essa discussão a respeito do ativismo judicial, que o considera como algo negativo, posto que resulta numa atuação do judiciário que interfere no âmbito político por vias não adequadas, que colocam em risco todo o projeto democrático, acontece em países que passaram, efetivamente, pelo Estado de bem-estar social, em que as desigualdades econômico-sociais são ínfimas, se consideradas com as nossas, assim como os problemas estruturais do Estado e da sociedade.

Nessas sociedades, em que as condições de vida são muito mais equilibradas, nada mais correto que propugnar por uma atuação do Poder Judiciário em que se respeite o máximo possível a distinção entre o político e o jurídico, mas isto decorre já de uma (pré)compreensão da condição política desses países. Sem falar que, mesmo nesses países, experimentaram-se grandes períodos de intervenção aguda da jurisdição em questões “propriamente políticas”, que diziam respeito ao Legislativo e Judiciário, decorrente da necessidade de efetivar direitos fundamentais.¹⁷²

Como mostra bem André Ramos Tavares, uma vez alçados ao ambiente constitucional, os direitos fundamentais se impuseram como diretrizes à atuação legislativa, não apenas no sentido de indicar os caminhos e vetores axiológicos pelos quais o legislador

¹⁷² Nesse sentido, André Ramos Tavares: “Constata-se que a ideia de supremacia da Constituição contra as vontades passageiras e arbitrárias do legislador em detrimento dos direitos fundamentais vai ganhar fôlego apenas mais recentemente na História do Direito. Uma ‘deslegitimação performática’ do Parlamento terá sido o ponto de início desse desenvolvimento que culminou na atual habilitação (funcional) do juiz constitucional, e para a qual já se pode apontar com uma experiência positiva, normalmente invocada em seu favor” (TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64).

deve trilhar, mas também no sentido de informar os limites de atuação do Poder Legislativo, por meio da criação de direitos individuais (direitos públicos subjetivos), sendo estas regras negativas de competência do Estado. Nas suas palavras:

A ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero legislador negativo, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções¹⁷³.

O debate sobre ativismo judicial deve ser ponto de partida acerca do papel do Poder Judiciário, representado pelos juízes constitucionais, enquanto responsáveis pela concretização de direitos fundamentais. Negar, de pronto, a possibilidade de uma relação dialógica ou interinstitucional diante dos Poderes Executivo e Legislativo contribui apenas ao enfraquecimento do papel da jurisdição perante as correspondentes funções.

Do mesmo modo, a discussão queda inerte se for oferecida uma solução hermenêutica incapaz de se amoldar à vasta complexidade (ou "hipercomplexidade") de temas que são colocados como objeto de apreciação e deliberação judicial. O respeito à relação harmônica entre os Poderes deve guiar e oferecer ao intérprete aplicador solução estruturante, porém, não é salutar que a sua utilização sirva para arrefecer ou esmorecer os ânimos de postulantes que almejam a consagração de direitos constitucionalmente previstos.

Como visto alhures, o Poder Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ganhou paulatinamente expressividade no contexto político institucional brasileiro, por uma série de fatores, dos quais é possível destacar: (i) o aprofundamento de uma crise de representatividade do Poder Legislativo (de todos os entes da federação – municipal, estadual e federal) seguida da inércia deste poder em deliberar e tratar de questões relevantes e sensíveis à sociedade brasileira; e (ii) um considerável inadimplemento, por parte do Poder Executivo, na prestação de serviços públicos essenciais de maneira eficiente, isto é, acompanhando a dinâmica social e econômica imposta pela modernidade.

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

Ora, dentro de um contexto onde os Poderes Legislativo e Executivo ficam aquém das expectativas comuns de qualquer cidadão, parece natural referida deslocação que busca o provimento jurisdicional de assuntos que, por regra, são de competência de outros Poderes, uma vez que estes quedaram estagnados ou imobilizados. Nunca é demais repetir que, apesar da proximidade de nosso texto constitucional com as principais democracias ocidentais atuais, diferentemente do que ocorreu na Europa e EUA, jamais passamos por um Estado de bem-estar social minimamente efetivo, o que equivale a dizer que sequer começamos, se comparados àqueles países, a implementar um mínimo de direitos fundamentais.

Recorrer ao poder Judiciário, especialmente graças ao poder de decisão que este apresenta e, principalmente, por suas decisões serem acobertadas pela força legítima do Estado, parece ser o remédio senão mais plausível, ao menos o que se mostra, ainda, mais eficaz. Entretanto,

parece que a concessão de poderes ao Judiciário tem gerado a desconfiança judicial justamente porque essas “concessões” impõem, ao Judiciário, maior ativismo e responsabilidade em solucionar diversos dos problemas sociais da atualidade, muitos dos quais deveriam ter sido equacionados pelo legislador. É apropriado, também nesse sentido, falar-se de um juiz desconfiado do legislador¹⁷⁴.

Não se defende, no presente trabalho, que o poder Judiciário não deve obedecer a limite algum, e que as decisões possam ser fruto apenas da subjetividade do intérprete. O que se mostrou foi que, independentemente das ideologias por trás das mais variadas teorias que buscam dar conta do fenômeno jurídico hodiernamente, há um consenso entre elas de que a razão última do Estado, como um todo, é preservar e efetivar os direitos fundamentais. Isto é o pressuposto mínimo para se consagrar uma democracia. As divergências têm raiz nos modos possíveis para se alcançar tal desiderato e nos riscos inerentes a esta necessidade tão complexa quanto o tempo em que foi forjada.

Não há que se rechaçar, simplesmente, a ideia de buscar, ao máximo possível, uma postura de autocontenção (*self-restraint*) dos poderes e, portanto, também, do Judiciário. Mas isto dentro de um contexto em que sua atuação excessiva possa, efetivamente, mais lesar que garantir direitos fundamentais – como parece ser o caso na Europa e EUA. Assim,

¹⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

adotada de maneira ampla, a *self-restraint* desemboca na deslegitimação do juiz constitucional para extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima, como é o caso do Brasil. E essa desqualificação não é mera opção teórica; em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção (e exigência) de uma atuação substantiva (ativista, se se quiser) do juiz constitucional, como implementador da Constituição, a referida exclusão é dogmaticamente inadmissível. Basta recordar, aqui, institutos como o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, além das cláusulas tradicionais que concedem ao STF e seus magistrados a guarda (final) da Constituição e o alocam como árbitro que decide acerca dos conflitos entre poderes e destes com os direitos fundamentais¹⁷⁵.

O que se conclui do que foi até agora exposto, é que, (a) primeiro, todos os governos democráticos atuais, ou que assim se pretendem, têm como condição de possibilidade *sine qua non* o reconhecimento e plena efetivação de direitos fundamentais. Estes direitos representam o mínimo de direitos necessários para que possam haver relações minimamente democráticas dos indivíduos entre si e, especialmente, destes com o Estado. Segundo (b), que se pode verificar que onde tais direitos, especialmente os de primeira e segunda dimensão, foram consagrados em níveis razoáveis, isto aconteceu graças a uma atuação fortemente intervencionista, ou seja, ativista, do Poder Judiciário. E terceiro (c), que, apesar dos riscos que este ativismo pode representar para a democracia, sequer há que se falar nesta sem que um mínimo de direitos fundamentais estejam previamente reconhecidos e efetivados para poderem, realmente, correr o risco de serem infligidos.

Por último, vale destacar que o deslocamento da questão de seu âmbito mais hermenêutico ou até dogmático para uma dimensão mais ontológica, que é a da fundamentação última do direito e de sua legitimidade – que remonta, inevitavelmente, em tempos atuais, para uma (pré)compreensão a respeito da democracia e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais – não significa dispensar ou desconsiderar a importância destas questões. Muito menos dizer que qualquer decisão judicial, por pretender garantir ou implementar direitos fundamentais, legitima-se de antemão ou que nela não haverá erros e “excessos”.

¹⁷⁵ TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

Muito pelo contrário, assume-se que tais erros não só poderão ocorrer, como serão inevitáveis¹⁷⁶. *Mas no intuito de se evitá-los, especialmente quando se recorre a experiências externas de países que apresentam realidade política, econômica e social muito distantes da nossa, corre-se um risco maior ainda: o de sequer chegar a implementar os direitos fundamentais.*

Passaremos, assim, no próximo tópico, a mostrar alguns casos paradigmáticos que foram decididos em nosso país, no intuito de ilustrar o que até se defendeu de modo mais teórico, especialmente no que diz respeito à possibilidade de se deixar de reconhecer ou implementar direitos fundamentais sob o pretexto de feri-los. Posteriormente, no capítulo IV, mostrar-se-á que tal tendência se consolida também em outros países, estes com realidades econômico, sociais e políticas muito mais próximas das nossas, além de se explicitar qual a melhor concepção de democracia a fundamentar o ponto de vista aqui defendido, já que evidenciamos ser esta *a questão* fundamental.

2. Casos paradigmáticos relacionados à implementação de direitos fundamentais (pelos vieses argumentativo e concreto)

O presente capítulo tem a finalidade de trabalhar como o que se compreende por "ativismo judicial" vem sendo incorporado no *modus operandi* do Supremo Tribunal Federal. Considerando a quantidade expressiva de trabalhos que já foram publicados sobre a matéria, o escopo do presente estudo traduz-se mais numa breve análise de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal (consideradas paradigmáticas quanto à sua postura) e seus efeitos, do que em apresentar uma visão panorâmica do tema e discorrer sobre as peculiaridades de cada corrente doutrinária oferecida para explicar este fenômeno.

¹⁷⁶ “As normas e os comportamentos contrários à Constituição não afastam a supremacia desta, nem vulneram o postulado da supremacia enquanto norma estrutural, porque a Constituição permanece sendo considerada, durante todo o tempo, norma suprema e superior para fins de qualquer referência ou prática válida do e no sistema. (...) Ademais, as ocorrências indesejáveis de contradições têm sua potencialidade elevada na medida em que as constituições passam a abarcar uma ampla gama de conteúdos, ou seja, como chegou a observar Kelsen (1928: 9-10) – contra sua própria e estrita definição de Constituição – quando as constituições deixaram de contemplar apenas um conjunto de normas de procedimento para contemplarem, também, um conjunto de normas de fundo” (TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40-41).

E ainda, referida análise se restringirá a três casos que retratam a relação entre os Poderes e tem por objeto a implementação de direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. Dentro do recorte metodológico proposto, como já mencionado, não se pretende minudenciar a controvérsia das posições abaixo indicadas, mas apenas demonstrar como a jurisprudência evoluiu do que se compreende por minimalismo judicial¹⁷⁷ para um juiz constitucional ativista que ambiciona concretizar os direitos fundamentais sociais.

2.1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45: o reconhecimento da dimensão política da jurisdição constitucional para a concretização das liberdades positivas

O objeto da ADPF ora citada era um veto do Presidente da República sobre o §2º do artigo 55 (posteriormente renumerado para 59) de projeto de lei que depois se tornou a Lei Federal nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias)¹⁷⁸. Segundo o relatório, aduz o autor da ação "que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde". O Min. Celso de Mello reconheceu que a ADPF em questão fora prejudicada pela superveniência de fatos juridicamente relevantes¹⁷⁹. Porém, isso não o impediu de expor, por meio de sua decisão, algumas ilações

¹⁷⁷ A esse respeito: TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

¹⁷⁸ Continha o dispositivo o seguinte teor: "§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza".

¹⁷⁹ Segundo o Min. Celso de Mello: "Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. **Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material:** 'Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59 . (...) § 3º Para os efeitos do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à

que apontam para como deve atuar o Poder Judiciário em torno de políticas públicas quando os demais Poderes se omitem. Vale frisar que as ponderações do ministro se deram em caráter *obiter dictum*, isto é, sem força vinculante.

Ao qualificar a ADPF como instrumento adequado para providenciar a concretização de políticas públicas que constam no programa constitucional, em caso de descumprimento, parcial ou total, pelas instâncias governamentais (destinatárias deste programa), o Min. Celso de Mello reconhece a responsabilidade política da jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o ministro, o Supremo não pode olvidar ou se descompromissar da efetivação de direitos fundamentais de segunda dimensão (ou direitos econômicos, sociais e culturais), por denotar uma violação intolerável da Constituição Federal de 1988¹⁸⁰.

Claro que o referido ministro observou que tais encargos não consistem no exercício das funções típicas do Poder Judiciário, residindo nas esferas dos Poderes Legislativo e Executivo a atribuição constitucional para desempenhar tais atividades. Porém, em caráter excepcional, é possível transferir as incumbências em apreço, quando a inércia ou mora das funções executiva ou legislativa inviabilizarem a eficácia e integridade dos direitos fundamentais.

Deve haver, sem dúvida, uma atenção especial quando se tratarem de direitos fundamentais de caráter prestacional (direitos econômicos, sociais e culturais), uma vez que a

Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR).’ **Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004.** Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde" (destaques nossos).

¹⁸⁰ Nesse sentido, ainda o Min. Celso de Mello aduz que: "Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional".

sua implementação decorre inexoravelmente das finanças atreladas ao respectivo ente ou instituição, as quais, por sua vez, estão adstritas ao orçamento estatal¹⁸¹.

De todo modo, o que impende salientar da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello é o reconhecimento da dimensão política assumida pelo Supremo Tribunal Federal ante a inadimplência dos demais Poderes, especialmente em casos que consistem na viabilização do programa constitucional que consagra as diretrizes da atuação estatal no campo dos direitos fundamentais de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais ou liberdades positivas).

2.2. O caso do direito à greve dos servidores públicos (Mandados de Injunção nº 670-ES, nº 708-DF e nº 712-PA)

Os referidos mandados de injunção¹⁸² reclamavam da omissão legislativa por parte do Congresso Nacional acerca da regulamentação do direito de greve no setor público, uma vez que pretendiam assegurar aludido direito para seus filiados, nos termos do artigo 37, inciso

¹⁸¹ Frise-se, novamente, que o presente trabalho não pretende invocar o debate sobre mínimo existencial e reserva do possível, apenas demonstrar que o posicionamento exarado pelo Min. Celso e Mello acerca do papel político do Poder Judiciário ante as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo se consolidou na sede do Supremo Tribunal Federal. Ainda sobre o tema, o Min. Celso de Mello defende que: "Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO "*in*" Informativo/STF nº 345/2004).

¹⁸² Ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep).

VII, da Constituição Federal: "O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

Ao julgar os mandados de injunção (em 25 de outubro de 2007), o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição inovadora, à época, ao estatuir um papel consideravelmente mais ativo do Tribunal, por meio de sentença aditiva, afastando a corrente abstrata da eficácia da decisão acerca deste remédio constitucional (ou corrente não concretista).

O deferimento do pedido importaria na mera comunicação ao Poder Legislativo sobre a mora decorrente da não edição da lei de greve do serviço público, ou seja, o Congresso Nacional apenas seria cientificado sobre a ausência de lei regulamentadora da previsão constitucional citada.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de concretizar a previsão constitucional, inovou (o que pode ser encarado como uma postura de caráter ativista) ao estabelecer, nos casos ora mencionados, que, enquanto não sobreviesse a legislação regulamentadora a que alude o artigo analisado da Constituição, o direito de greve nela reconhecido deveria seguir os parâmetros, com as devidas adaptações, da Lei Federal nº 7.783, de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve no âmbito da iniciativa privada.

Mais uma vez, o Min. Celso de Mello pontuou de maneira contundente a omissão, nestes casos, do Poder Legislativo, em editar lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos:

"Registra-se, portanto, quase decorrido o período de uma geração, clara situação positivadora de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa imposta, pela Constituição da República, ao Congresso Nacional. (...) Essa omissão inconstitucional do Poder Legislativo, derivada do inaceitável inadimplemento do seu dever de emanar regramentos normativos - encargo jurídico que foi imposto ao Congresso Nacional pela própria Constituição da República - encontra, neste "writ" injuncional, um poderoso fator de neutralização da inércia legiferante e da abstenção normatizadora do Estado. O mandado de injunção, desse modo, deve traduzir significativa reação jurisdicional, fundada e autorizada pelo texto da Carta Política que, nesse "writ" processual, forjou o instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão - e prolongada inércia - do Poder Público".¹⁸³

¹⁸³ Mandado de Injunção 712-8/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 485/2007.

Pois bem. Configurada a inaceitável omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que, se apenas cientificasse o legislador de sua mora, nada aconteceria, frustrando também a existência do mandado de injunção. Cumpre elucidar que o mandado de injunção constitui um remédio constitucional vocacionado para neutralizar as consequências lesivas oriundas da ausência de regulamentação normativa por parte do legislador¹⁸⁴.

Nesse sentido, a grande mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal pode ser vislumbrada no seguinte excerto:

"Sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Daí a importância da solução preconizada pelos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), cuja abordagem do tema ora em exame não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis."¹⁸⁵

Cumpre salientar também que a decisão prolatada nos autos do MI 712 demonstra apreço: (i) ao princípio da força normativa da Constituição, assim como ao subprincípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais; (ii) ao enfrentamento de omissões inconstitucionais; e (iii) à concretização de direitos fundamentais. Sobre estes tópicos, Elival da Silva Ramos aduz que:

¹⁸⁴ Com o fito de concretizar o direito à greve de servidores públicos, o Min. Celso de Mello extraiu da Constituição o nexos causal entre o direito subjetivo à legislação e o dever da União Federal de editar lei específica sobre a matéria: "O exame dos elementos constantes deste processo evidencia que existe, na espécie em análise, o necessário nexos de causalidade entre o direito subjetivo à legislação, invocado pela parte impetrante, e o dever da União Federal de editar a lei especial a que alude o art. 37, VII, da Carta da República, em contexto que torna plenamente admissível a utilização do "writ" injuncional" (*Idem*, p. 12). Sobre este ponto, o Min. Celso de Mello elucidou que: "Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum" (*Ibidem*, p. 9-10).

¹⁸⁵ Mandado de Injunção 712-8/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 485/2007, p. 25.

"Muito embora, pessoalmente, entenda que a melhor interpretação do inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, seja aquela que prevaleceu no julgamento do MI n. 721-7, reconheço que a variante exegética que vem de ser assumida pelo STF, na apreciação das três injunções sobre o direito de greve dos servidores públicos, não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais – art. 5º, § 1º, da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista-subjetivista. Não se há de negar, contudo, que essa nova fonte de poderes normativos atípicos do STF constitui um reforço aos fatores de impulsão ao ativismo".¹⁸⁶

José Levi Mello do Amaral Júnior previu acertadamente que o Supremo Tribunal Federal passaria a atribuir eficácia *erga omnes* às decisões concessivas de mandados de injunção, com a finalidade última de suprir normativamente a omissão legislativa inconstitucional.

À época o autor qualificou tal medida como uma verdadeira “medida provisória do Poder Judiciário”¹⁸⁷. De todo modo, o Supremo agiu dentro do desempenho regular de suas funções, normatizando situações conforme fora provocado, e ainda, dentro de um contexto em que a omissão enseja lesão a direitos.

Nesse diapasão, as decisões exaradas nos mandados de injunção ora citados compreendem um exemplo claro de avanços do Supremo Tribunal Federal na seara da implementação de direitos sociais.

A corte, ao desempenhar a jurisdição constitucional, arrogou-se no papel de concretizadora da Constituição Federal de 1988, apresentando uma postura ativista moderada, propositiva e sóbria, uma vez que contribuiu para a concretização de um direito subjetivo de *status* constitucional, em sentido diametralmente oposto ao comportamento letárgico e procrastinatório do Poder Legislativo acerca da matéria em questão.

¹⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318-319.

¹⁸⁷ Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais – IBDC, 57:100- 8, out./dez. 2006.

2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132: o reconhecimento da união estável homoafetiva

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar do *status* jurídico das uniões homoafetivas, uniu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizadas, aquela pela Procuradoria-Geral da República e esta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (à época, Sérgio Cabral). O propósito das ações citadas era que fossem reconhecidas como entidades familiares as uniões homoafetivas.

O voto do Ministro-Relator Ayres Britto empregou a técnica da "interpretação conforme à Constituição" do artigo 1.723 do Código Civil, de modo a excluir qualquer interpretação que apresente empecilhos ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Dentre os principais fundamentos apresentados no acórdão, cumpre destacar os seguintes: (i) O Ministro-Relator Ayres Britto tomou como parâmetro interpretativo o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal¹⁸⁸, o qual veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, sendo certo que, partindo-se dessa premissa, ninguém poderia ser discriminado em virtude de sua preferência sexual. Sobre esta perspectiva o relator defendeu a existência de um panorama que intitulou de constitucionalismo fraterno e pluralismo sociopolítico-cultural, ambos, evidentemente, tutelados pela Constituição Federal; (ii) de mais a mais, aduziu o Ministro que o silêncio normativo constitucional acerca de questões relacionadas à opção sexual dos indivíduos inviabiliza eventual compreensão restritiva sobre a matéria. Para tanto, citou Kelsen e sua correspondente norma geral negativa, no sentido de que aquilo que "não está juridicamente proibido ou obrigado, está juridicamente permitido"¹⁸⁹; (iii) a liberdade sexual deve ser compreendida como direito fundamental, corolário da autonomia, privacidade e intimidade, da busca pela felicidade, do direito de possuir uma família, e assim por diante; e, finalmente, (iv) o relator trabalhou o conceito de

¹⁸⁸ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

¹⁸⁹ ADI 4.277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto "in" Informativo 625/2011.

família de maneira menos ortodoxa ou unívoca, logo, mais ampla, sendo certo que o direito deve avançar no que tange aos costumes e à erradicação dos preconceitos, por meio do tratamento igualitário às famílias hetero e homoafetivas.

As tergiversações doutrinárias a respeito deste caso versam sobre a possibilidade de a disciplina estatuída expressamente pelo artigo 226, §3º, da Constituição Federal¹⁹⁰ sinalizar em sentido diverso ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

De todo modo, é interessante notar a legitimação discursiva e argumentativa que caminha *pari passu* com o reconhecimento da legitimidade pelo Supremo Tribunal Federal para tratar desta temática. Ora, conforme se observa no trecho destacado abaixo, resta clara a avocação de competência do Supremo Tribunal Federal para solver uma situação que se enquadra na necessidade de concretização do texto constitucional:

"Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração."¹⁹¹

Dentro do contexto assinalado, resta evidente, portanto, que o julgamento da ADPF nº 132 se enquadra na hipótese de ativismo judicial, e a percepção sobre este acontecimento é positiva por diversos fatores, sendo o principal o fato de que as ações tinham como finalidade última colmatar uma "lacuna" ou um "espaço" constitucional no que se relaciona aos direitos dos casais homossexuais.

Importante destacar que, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter sido resultado da ruptura com o regime ditatorial que imperava, de ter sido feita sob o clima de ruptura

¹⁹⁰ "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º 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."

¹⁹¹ ADI 4.277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto "in" Informativo 625/2011.

política e social e ser fruto de debates longos e plurais, acabou por refletir, no que diz respeito à questão da união homoafetiva um posicionamento arraigado numa tradição machista, religiosa e preconceituosa.

Não se defende que pode se dar ao Supremo Tribunal Federal a liberdade para interpretar a Constituição como bem lhe aprouver, mas em casos como este resta claro que sua interpretação deve ir muito além do texto constitucional, mesmo que este não se mostre dúbio ou confuso, como é o caso. A questão é muito complexa, especialmente do ponto de vista teórico, donde poder-se discutir sobre normas constitucionais inconstitucionais ou sobre a confusão entre controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade.

Não que estas discussões devam simplesmente ser rechaçadas, mas deve-se tomar muito cuidado no modo de se forjá-las. Inclusive porque ao se privilegiar determinados posicionamentos, inevitavelmente acaba-se por desprestigiar outros. Este parece-nos um dos principais riscos na atuação do juiz constitucional.

Deste modo, tem-se que levar em consideração que decisões de juízes constitucionais lastreadas em posicionamentos subjetivistas devam ser vistas com repúdio, mas a questão sob análise versa sobre a afronta a direitos fundamentais. O ativismo judicial não está presente, simplesmente, como parece, em decidir a favor ou contra o reconhecimento estatal de uniões homoafetivas. A questão é mais sutil, pois cabe ao juiz constitucional, independentemente de sua vontade, ter que escolher entre esperar a melhor técnica político-jurídico (que seria, na opinião de alguns), o que preservaria a segurança jurídica, ou escolher arriscar esta em nome de se implementar os direitos fundamentais.

Colocado nestes termos, o ativismo parece dizer respeito somente ao conteúdo da decisão proferida pelo juiz constitucional. Mas verifique-se que este encontra-se, desde a função que exerce e do lugar que ocupa a jurisdição constitucional, numa situação em que tal dualidade cai por terra.

A identificação da segurança jurídica com o respeito irrestrito ao texto da lei remonta ao paradigma liberal. O paradigma do Estado Democrático de Direito impõe que se rompa com essas falsas percepções, pois a interpretação conferida ao caso: (a) primeiramente implementou um direitos fundamental que a observação social indica não seria feito por outra via; (b) a ruptura com o texto constitucional impôs-se como um imperativo necessário à

consecução do objetivo principal, que é sempre prezar pela implementação de direitos fundamentais; e (c) por último e mais importante, a decisão resultante desta interpretação não é fruto da vontade subjetiva dos juízes constitucionais, a qual sequer poderia ser questionada. Não, tal interpretação é fruto do diálogo decorrente da ação de órgãos que provocaram a instauração da jurisdição constitucional, onde estas questões devem ser resolvidas justamente desde sua perspectiva política.

CAPÍTULO IV - INSTRUMENTOS CONTEMPORÂNEOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Neste capítulo buscar-se-á consolidar a ideia desenvolvida desde o começo, aprofundando ainda mais a discussão que existe a respeito da expressão “ativismo judicial”, no intuito de abordar uma dimensão que mostramos, até agora, ser a fundamental, que é o pano de fundo da discussão, o qual diz respeito ao constitucionalismo, de modo geral, especialmente em seu escopo de garantir e implementar direitos fundamentais e, assim, efetivar o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, num primeiro momento será destacada a necessidade de se buscar um diálogo que se mostre o mais aberto e receptivo possível no que diz respeito a esta necessidade ínsita ao constitucionalismo, mas que deve respeitar as peculiaridades de cada país. Será mostrada neste íterim, a necessidade de fomentar a utilização de jurisprudência constitucional de outros países para auxiliar o processo constitucional interno em sua constante busca de efetivar a Constituição e os direitos fundamentais.

A seguir, passaremos à análise de alguns casos de grande relevo para explicitar o que aqui se defende, mostrando os benefícios propiciados por tal postura, os cuidados que se deve ter ao se proceder desta maneira e, principalmente, como isto se mostra com grande potencial para ser uma tendência internacional, donde se poderá evidenciar muitos dos instrumentos à disposição do ativismo judicial.

Por fim, pretende-se propor uma contribuição para este debate a respeito do ativismo, mostrando a importância de se privilegiar, em sua abordagem, o prisma aqui defendido e, mais importante, oferecer as balizas, pressupostos e condições de possibilidades para algo que chamamos atenção: o fato de que, na busca verdadeira e compromissada para implementação de direitos fundamentais, a jurisdição não só precisa ser ativista, como o próprio ativismo que lhe é necessário faz com que aquela não acabe com a decisão, mas entenda-se até o seu real e efetivo cumprimento.

1. Pela utilização cruzada de jurisprudência constitucional não nacional para concretização de direitos humanos fundamentais

Foi esboçado, no segundo capítulo, uma ideia de constitucionalismo, a qual foi assumida e perpassa todo o trabalho. Tal concepção considera-o como uma busca constante de condições efetivas para se limitar e racionalizar tanto quanto possível o poder do Estado, de modo que sua atuação venha preservar e, num segundo momento, implementar ao máximo os direitos fundamentais do indivíduo.

Este movimento, se assim podemos chamá-lo, não é exclusivo de nosso país, mas, muito pelo contrário, é comum a todo o mundo ocidental moderno. Todos os países que se pretendem democráticos estão comprometidos, consequentemente, com o constitucionalismo. É por isso que, apesar das várias diferenças e discrepâncias entre os países que assim se posicionam, pode-se perceber uma concepção comum de constitucionalismo, inobstante que o conteúdo deste vá assumir feições díspares, decorrentes das peculiaridades de cada país.

Deste modo já se mostra a viabilidade de se buscar e fomentar, portanto, o diálogo entre estes países, de modo que suas histórias e tradições possam contribuir para o benefício mútuo entre eles. Além do mais, num mundo cada vez mais globalizado, esta tendência sequer se mostra como muito atual. No ano de 2000, Celso Bastos e André Ramos Tavares já alertavam que já existia

"um processo de integração constitucional proporcionado pelo amplo emprego do método exegético do Direito comparado na solução das grandes questões constitucionais surgidas em determinado Estado. (...) Esse verdadeiro "empréstimo" de ideias contribui não só na economia de tempo e segurança das decisões como permite também o aprimoramento dos mecanismos já engendrados por outros povos".¹⁹²

¹⁹² BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no liminar de um novo milênio**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 41.

Deve ficar claro que a proposta desenvolvida é a de fomentar um diálogo entre as justiças constitucionais, ou seja, entre órgãos responsáveis, em cada país, por efetivar o processo constitucional, e não de um modelo de direito internacional em que o foco residiria em tribunais ou cortes internacionais. Com estes os países apresentam uma relação totalmente diferente, posto que regulada, em síntese, pelas normas e princípios de direito internacional, em que, basicamente, ou os países estão adstritos à jurisdição do órgão internacional e, portanto, deve se submeter às suas decisões, ou não se verifica tal compromisso e essa subordinação não existe¹⁹³.

Quando se fala na possibilidade de uma jurisdição constitucional se valer, em seu âmbito, de problematizações e decisões de outra jurisdição, isto é, proveniente de outro Estado, sem que haja entre elas, formalmente, nenhuma relação jurídica, está-se a defender que, a despeito de não haver entre os países ou os seus órgãos encarregados do processo constitucional nenhuma vinculação ou subordinação, eles possam dialogar.

Acontece que este diálogo não se pauta, portanto, por uma relação político-jurídica entre os países, pressupondo-se o equilíbrio entre eles no que diz respeito à soberania de cada um, mas também não é um diálogo na busca de resultados ou ideais comuns, de modo que deveriam olvidar esforços para alcançá-los. Há limites e pressupostos que devem ficar claros para que esta proposta não se encaminhe por caminhos transversos e pouco frutíferos.

Como adverte André Ramos Tavares,

"Decisões de tribunais nacionais de um Estado não precisam apresentar e não apresentam nenhuma pretensão universal ou extranacional no sentido de serem apresentadas em termos que possam ser aproveitadas imediatamente por outros tribunais de outros países em face de sua estrutura interna. Pressupostos de existência e objetivos diversos, quanto a esses tribunais, aconselham uma abordagem própria para cada uma dessas realidades. Portanto, seria inadequado, no marco atual, uma análise que pretendesse subordinar essas realidades tão distintas a pressupostos e conclusões comuns, sem maiores esclarecimentos e, acima de tudo, sem grandes ressalvas. Reforça essa inadequação justamente o aspecto aqui a ser analisado, ou seja, o uso judicial, no âmbito nacional, de decisões não nacionais, para fins de decidir. Isso porque uma das dificuldades mais latentes nesse uso é justamente a descontextualização, fenômeno que não se verifica quando se trata de tribunais internacionais ou comunitários, de cujas

¹⁹³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

decisões e razões de decidir não se pode temer uma descontextualização justamente porque já carregam em si a pretensão universalizante (ou descontextualizada) como própria e, em certa medida, inevitável".¹⁹⁴

Apesar de os Estados se alinharem num ideal comum, qual seja, o de defender o constitucionalismo e os direitos humanos fundamentais, como deixamos claro acima, mais correto seria falar num constitucionalismo de cada país e, portanto, na existência de vários constitucionalismos. Estes é que devem se abrir um para o outro, não para que cheguem a um lugar comum, pois isto, quando necessário, deve ser feito por outros caminhos, como o do direito internacional. O que se pode verificar é que há entre os países, não a busca de algo em comum, mas um “conjunto de **questões** constitucionais básicas, comuns ao constitucionalismo ocidental”¹⁹⁵.

Seguindo os ensinamentos de André Ramos Tavares, propomos uma classificação, com intuitos mais didáticos que de esgotar o assunto, em cinco modelos a partir dos quais podem se dar as relações entre jurisdições constitucionais estrangeiras.

O primeiro modelo é o de deferência total à jurisprudência estrangeira, de modo que ela passa a ser aceita integralmente pelo país que a adota, ficando este totalmente submisso àquele.

Um modelo desses apresenta o alto risco de tornar o ordenamento jurídico nacional inoperante e potencializaria as contradições e invalidades internas. Em realidade, o ordenamento nacional tornar-se-ia subordinado ao(s) ordenamento(s) estrangeiro(s), com todas as dificuldades, para os demais centros de produção interna do Direito, de conhecerem os parâmetros a serem respeitados em suas atividades normativas. As bases de um constitucionalismo interno seriam minadas e a Corte passaria a ser mera intermediária ou importadora, desvirtuando-se a própria função jurisdicional dos tribunais¹⁹⁶.

Este modelo, apesar de acabar por desconfigurar a própria ideia de uma Corte Constitucional, de que esta deve ser a responsável pela implementação da Constituição dentro

¹⁹⁴ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116-117.

¹⁹⁵ Idem, p. 120.

¹⁹⁶ Idem, ibidem, p. 123-124.

da sociedade e de acordo com os anseios, tradição e necessidades desta, ou seja, sempre buscando não decolar a jurisdição constitucional da realidade social, é defendido em algumas ocasiões, especialmente quando da atuação de cortes constitucionais recentes, em países com pouca experiência democrática. Dessa forma, seria recomendável que esta corte se valesse das construções e decisões provindas de outra, estrangeira.

O segundo modelo é o de repulsa, cujo exemplo máximo pode ser encontrado nos Estados Unidos da América, em que o país simplesmente adota a postura de se recusar a olhar para a experiência estrangeira no que diz respeito à jurisdição constitucional. Neste país a defesa deste fenômeno se explica pelo seu pioneirismo no assunto, donde muitos norteamericanos acreditarem não haver necessidade de buscar algo em outras culturas.

Como destaca André Ramos Tavares, esta postura acaba por engendrar uma consequência, que nada mais é que um comportamento pautado pela reciprocidade, de modo que um eventual país pode deixar de se preocupar com a experiência alheia por saber que o outro assim se comporta, o que levaria a um círculo vicioso no qual não há espaço para o diálogo¹⁹⁷.

Outro modelo é o decorativo, no qual o órgão responsável pela jurisdição constitucional diz valer-se da experiência de jurisdições estrangeiras, mas o faz de forma melindrosa, usando-se disso como mero efeito argumentativo, sem sequer ter se preocupado seriamente com a decisão ou caso citados¹⁹⁸.

Importante destacar que esta postura espúria não se limita às decisões e problematizações de jurisdições constitucionais estrangeiras, mas pode ser verificada também no âmbito interno de todo o Poder Judiciário e, por óbvio, tanto num plano quanto no outro, deve ser expugnada.

Há também o modelo do unilateralismo, sendo o exemplo citado o do modelo francês, em que, devido às peculiaridades do modelo de jurisdição constitucional centrado no controle de constitucionalidade prévio, os juristas do país acabaram por não se interessar pelo

¹⁹⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

¹⁹⁸ Idem.

desenvolvimento da jurisdição constitucional nos demais, pressupondo-se um abismo muito grande entre os sistemas¹⁹⁹.

Por último, e mais importante, há o modelo de interlocução, no qual a ideia motriz é que se busque um verdadeiro diálogo entre diferentes jurisdições constitucionais. Com isto quer se dizer que elas não devem simplesmente buscar em outras experiências as respostas para os seus próprios problemas, o que seria pouco vantajoso e muito perigoso.

Assim diz André Ramos Tavares:

Isso significa, portanto, que não há uma mera deferência à jurisprudência estrangeira, mas sim a tomada de conhecimento de sua existência para eventual utilização determinante no contexto da solução nacional. Determinante, aqui, não deve ser, pois, concebida como submissão ao material estrangeiro. Trata-se do que a doutrina norte-americana identifica como “autoridade persuasiva”, mas que significa, dentro do processo de tomada de decisão, a possibilidade de se tornar, conjuntamente com outros elementos e por uma série de fatores outros, determinante, decisiva para a solução final²⁰⁰.

O que deve ser buscado nos sistemas de jurisdição constitucional estrangeiros não são as respostas para os problemas que se apresentam internamente. Deve-se ter em mente, na mesma proporção, tanto o solo em comum na busca de garantir e efetivar direitos fundamentais, quanto as diferenças entre os países e a necessidade de se respeitar as peculiaridades de cada um e manter suas tradições no que forem compatíveis com os direitos humanos fundamentais.

As cortes constitucionais ou órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional devem olhar para outras experiências levando-se em consideração as diferenças que separam as realidades sociais de cada país. Trata-se de um esforço que é muito maior do que a simples importação de soluções, mas que vai no sentido de captar problemas próximos e vislumbrar, a partir das soluções para eles propostas, desde as relações que se pode fazer entre as condições econômicas, sociais e políticas de cada lugar em que foram tomadas, decisões para os casos nacionais.

¹⁹⁹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

²⁰⁰ Idem, p. 128-129.

Não há que se negar que esta proposta se mostre, quando de sua colocação em prática, tão complexa quanto perigosa. O principal perigo é que, apesar de as relações com as jurisdições constitucionais estrangeiras serem pretensamente ou até explicitamente de diálogo, este, de fato, pode não existir. Dito de outro modo, o grande risco é que, a despeito de se citar ou abordar decisões e experiências estrangeiras, isto ser feito apenas de modo retórico, com mero escopo perfunctório, o que não só representaria grande perda na qualidade, mas a possibilidade de se oferecer, pelo procedimento, um verniz ou capa de legitimidade para uma decisão nada democrática.

Não basta, portanto, que apenas se diga haver um diálogo com outras jurisdições constitucionais e citar um ou até vários casos de cortes estrangeiras, como se a mera indicação já demonstrasse a relação entre os casos citados e o problema jurídico concreto que se enfrenta. O que se deve buscar é uma abertura que proporcione o aprendizado a partir da experiência de outras cortes constitucionais – que têm, como a nossa, a preocupação última, resguardadas as peculiaridades e realidade de seus país, de se garantir e implementar os direitos humanos fundamentais – em que se possa ver os seus êxitos e fracassos, moderando tanto as escolhas que lá foram feitas e as consequências geradas quanto a viabilidade destas em relação à nossa própria realidade. Nesse sentido,

"essa busca deve ser orientada a partir do caso-problema surgido na jurisdição constitucional nacional, e pela consideração “adequada” da decisão adotada externamente. Valem, aqui, portanto, as mesmas considerações a respeito do processo hermenêutico do Direito, especialmente sobre a ideia de concretização constitucional e importância do concreto no processo de determinação da norma aplicável ou aplicada. Esse modo de enxergar o fenômeno jurídico terá, portanto, mão dupla, pois tanto vale para a decisão estrangeira, como para a decisão nacional (embora com preocupações distintas, por se apresentarem em momentos distintos)".²⁰¹ (destaques nossos).

Este ponto merece um destaque especial, a respeito da questão hermenêutica que perpassa todo o fenômeno jurídico, e que também já foi considerada anteriormente no presente trabalho. Como já advertimos, a grande questão do direito, a partir do fenômeno do

²⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131-132.

constitucionalismo, especialmente com a consagração das constituições compromissadas, antes de tudo, com a salvaguarda da democracia e dos direitos humanos fundamentais, passa a ser a decisão jurídica, pois é nesta que se pode – e deve-se – concretizar todo esse processo político-jurídico. Neste sentido, vale recordar a diferença que existe entre norma e texto, conforme lição de Georges Abboud:

"A norma é produto da interpretação diante da problematização de um caso real ou fictício; sua existência somente ocorre na linguagem. Ela não está contida na lei, não é *ante casum*. A norma é produto da concretização do intérprete na qual são fundidos os elementos linguísticos (programa da norma) e os elementos não linguísticos (âmbito normativo). A norma surge no momento da *applicatio*, produzindo-se para a solução de cada caso concreto. Na interpretação e consequente produção da norma, a historicidade influencia toda a atividade do jurista em razão da fusão de horizontes estabelecidos no diálogo entre o hermeneuta e o texto, bem como toda pré-compreensão que o intérprete carrega".²⁰²

A obrigação decorrente do constitucionalismo, isto é, de se efetivar a constituição e zelar pelos direitos humanos fundamentais, faz com que o Judiciário – como um todo, mas especialmente a jurisdição constitucional – tenha que assumir um papel de destaque em relação aos demais poderes e toda a administração pública. Mas isto não pode dar ensejo a uma abertura para que os magistrados decidam conforme queiram, e se tornem os detentores do que “diz” a constituição.

Se a jurisdição constitucional assume esse papel de destaque, é necessário se pensar os limites de sua atuação²⁰³, para que esta não acabe por resultar no oposto do seu objetivo

²⁰² ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 78-79.

²⁰³ No que se refere a esta preocupação em relação ao Supremo Tribunal Federal, consultar a obra de Georges Abboud, que traz no fim a seguinte ponderação: “Por fim, é mister evidenciarmos que ao se defender, ao longo de toda a obra, a possibilidade de o STF atuar de maneira constante na fiscalização e correção da atividade legislativa, também foi preocupação constante no decorrer de todo o trabalho demonstrarmos a necessidade de se democratizar e aumentar a legitimidade da atuação do Supremo. (...) Em nenhuma hipótese, o Supremo pode perder de vista sua posição de servo da Constituição, nunca senhor dela, o que implica em respeitar o texto em sua textitude” (ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 474).

principal, que é a salvaguarda da democracia através da implementação de direitos fundamentais.

Nesta esteira, é importante frisar que, no que diz respeito às sentenças de jurisdição constitucional estrangeira e sua aplicação no âmbito interno, é imprescindível mostrar a compatibilidade das primeiras com o constitucionalismo vigente.

"Mas também não basta demonstrar tratar-se de prática compatível com o constitucionalismo. Mais do que isso, **parece-me impositivo demonstrar o motivo pelo qual sua utilização deve ser realizada. Do contrário, não se evitará que se transforme em opção individual do julgador, uma opção para os casos que cada julgador selecionar e quando selecionar.** Apenas reconhecer tratar-se de prática compatível com os pressupostos dogmáticos não impede o uso arbitrário, que leva à inconsistência constitucional dessa prática".²⁰⁴

Podemos concluir que, de modo análogo a casos que envolvam apenas o ordenamento jurídico interno, quando se tratar de buscar um verdadeiro diálogo com as jurisdições constitucionais estrangeiras, todos os juristas envolvidos no caso concreto e, portanto, corresponsáveis por sua interpretação, e especialmente o órgão julgador, responsável por expressar a decisão da demanda, devem prezar por uma postura ética que vai muito além das regras constantes dos enunciados normativos que regulam as carreiras jurídicas.

A postura ética exigida dos juristas, apesar de difícil averiguação, não pode ser encarada como um ideal jamais passível de ser alcançado, ou tola ideologia. Ao contrário, há uma preocupação grande com sua possibilidade efetiva e a busca de se explicitar os limites para a atuação dos juristas. Acontece que, tanto no que diz respeito à análise do ordenamento jurídico interno quanto em relação a sentenças estrangeiras, o jurista trabalha sempre com hipóteses que são fruto de suas (pré)compreensões a respeito do caso em que se vê envolvido. Fundamental, portanto, destacar a lição de André Ramos Tavares, versando sobre o caso das sentenças estrangeiras:

²⁰⁴ TAVARES. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, p. 141-142.

"Qualquer dessas hipóteses, porém, necessita ser explicitada, caso venha a ser adotada, e da Justiça Constitucional se espera certa consistência temporal acerca do critério. Mesmo os critérios para seleção de jurisdições e matérias podem ser arbitrários, transformando a seleção em uma oportunidade de reforçar decisões já tomadas, fazendo com que o diálogo seja meramente aparente. É preciso sempre demonstrar que não se trata de buscar apenas os elementos constitucionais estrangeiros que sejam conformes à própria (pré-) concepção do Tribunal; **é necessária, pois, certa “transparência honesta”**.”²⁰⁵ (destaques nossos)

Na linha do postulado de ativismo judicial que fizemos no capítulo anterior, entendendo este como fenômeno decorrente da necessidade de se efetivar o Estado social e, também, o Estado Democrático de Direito, através do reconhecimento e busca incessante de implementação dos direitos humanos fundamentais, sustentamos aqui o mesmo posicionamento: o risco de interpretações e decisões de cunho subjetivista é inerente à abertura do direito para valorações e conteúdos substantivos que devem ser levados em consideração.

Ocorre que este risco deve ser combatido na mesma medida em que precisa ser (re)conhecido. Propugnar, num país como o nosso, em que os direitos sociais não foram minimamente efetivados pelo poder público, que o Judiciário não adentre questões de cunho político sob o risco de ultrapassar a tênue linha que as separa do âmbito propriamente jurídico mostra-se não apenas insatisfatório, mas até mesmo incorreto.

O que se quer deixar claro, quando se fala de ativismo judicial, é que o juiz *pode* cometer abusos e usar de retórica para (pretensamente) justificar ou fundamentar suas escolhas e decisões. Mas o juiz, ou melhor, o Judiciário como um todo, *já* está errado ao deixar de apreciar uma questão por avaliá-la como “eminentemente” política, se com isto se deixar de buscar implementar direitos fundamentais.

Para que isto fique mais claro, é necessário observar que o limite entre o que seria o político e o jurídico já configura uma decisão política, como mostrado no capítulo anterior. E, deste modo, o que está em jogo é o papel do Estado como um todo perante aos cidadãos, e não este ou aquele poder, sendo que se trata, portanto, de uma questão de soberania, a qual

²⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

assume contornos totalmente novos quando compreendida à luz dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional.

"Embora seja lugar-comum reconhecer-se o juiz constitucional “operou uma verdadeira mudança no cenário jurídico dos diversos Estados que a adotam” (Tavares, 2055:19), bem como “o relativo sucesso da experiência com os tribunais (ou cortes) constitucionais – uma legitimidade ‘performática’ ou de exercício e de êxito ou resultado [que] consagrou a jurisdição constitucional na atualidade” (Rothenburg, 2005: 151-85; 2007: 432), **essa instituição e sua atuação têm sido constantemente questionadas em sua legitimidade (portanto, não em sua existência ou efetividade).**”²⁰⁶ (destaques nossos)

Questionar a legitimidade é sempre salutar e remete até a preocupações republicanas e democráticas, mas o próprio questionar, condicionado que está pela subjetividade de quem o faz, pode apontar para direções pouco republicanas ou democráticas, mormente quando diz respeito a questões tão sensíveis quanto estas. O que se deve ter claro é que, se as jurisdições constitucionais assumiram um papel de destaque na conformação da vida político-social, isto se deve a inúmeros fatores, dentre os quais se deve destacar a necessidade de garantir e implementar direitos fundamentais – especialmente os sociais – e a inércia ou ineficácia dos demais poderes do Estado em fazê-lo.

Mais importante, ou pelo menos anterior à busca de se estabelecer os limites entre o político e o jurídico, é perceber a nova configuração política em que se vive, na qual este limite se mostra de difícil constatação, se é que isso é possível. Na verdade, o que se tem é um novo arranjo institucional em que a política deixa de ser condição de possibilidade do direito para se tornar condicionada por este²⁰⁷. Isto significa que a própria noção e estrutura do Estado são alteradas profundamente.

A estrutura, organização e função do Estado sofrem – ou deveriam sofrer – grandes alterações a partir do projeto das constituições dirigentes e da defesa dos direitos fundamentais reconhecidos pelo fenômeno do constitucionalismo. Isto não quer dizer, por sua

²⁰⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-60.

²⁰⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

vez, que, somente por se ter operado uma mudança paradigmática na conformação político-social, decorram instantânea e simplesmente as mudanças e alterações perquiridas, muito menos que as pessoas destas encarregadas mudem totalmente suas compreensões e comportamentos, os quais se mostrariam totalmente alinhados à nova perspectiva.

Muito pelo contrário, estas mudanças são projeções, decisões valorativas decorrentes dos mais variados fatores históricos, políticos, econômicos e sociais, as quais ao mesmo tempo que influenciam os intérpretes da Constituição – não apenas os juristas – recebem destas interpretações as diretrizes que vão moldando-as e adequando-as às perenes mudanças sociais. Não se pode, portanto, pressupor que todos os seres humanos irão compreender e interpretar, do mesmo modo o tempo em que vivem, a constituição e os direitos fundamentais, em nenhum momento histórico, mas muito menos em períodos de transição, mais conturbados e complexos.

Como adverte Willis Santiago Guerra Filho,

"a compreensão permanece sempre pessoal, e não faz sequer sentido pretender que ela seja verdadeira, definitiva. **À medida que se procura comunicá-la, porém, ingressa-se naquela dimensão intermediária entre subjetividade e objetividade, a dimensão da intersubjetividade, na qual se estabelece uma ligação entre o que se vivencia individualmente e a experiência compartilhada com os demais**, o que é possível pela existência de “formas de vida”, no sentido wittgensteiniano de Lebensformen, do que é comum a toda uma série e pessoas, como a linguagem”.²⁰⁸ (destaques nossos)

Isto faz mais sentido ainda quando pensamos numa das principais características do mundo atual, que é a de se ter perdido qualquer possibilidade de se fundamentar o conhecimento em última instância, em que não se pode mais, conseqüentemente, afirmar uma ordem jurídica que contenha todas as previsões, de antemão, para os casos concretos. Sequer que contenham “em si mesmas” estas respostas, as quais devem ser criadas, interpretativamente, levando-se em consideração alguns requisitos, como a necessidade de se

²⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19.

respeitar direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, obter-se uma resposta que seja, apesar de sempre conter uma conotação política de fundo, eminentemente jurídica.

Estes são os desafios que deve levar em conta um jurista comprometido com o seu tempo e com as pautas da democracia e de promoção dos direitos humanos fundamentais. Quando se coloca a discussão, portanto, do ativismo judicial, tudo isto está, de algum modo, pressuposto nela, de modo que tais pontos podem ou não ser levados em consideração, de modo consciente ou inconsciente.

Como temos assumido desde o começo do trabalho, a questão do ativismo judicial deriva do desenvolvimento do movimento constitucionalista e, portanto, de uma (pré-) compreensão dos direitos fundamentais, o que não é tarefa fácil. O que se quer destacar aqui, entretantes, é que esta questão que envolve os direitos fundamentais, requer muito mais ênfase em como se efetivá-los que em seu reconhecimento, tendo este já se configurado na comunidade mundial até²⁰⁹.

Por outro lado, a própria busca de garantia e implementação dos direitos fundamentais, ainda que condicionada por uma (pré-)compreensão do intérprete por ela responsável, constitui-se em um problema, o qual não é passível de ser solucionado apelando-se a uma esfera externa a partir da qual se pode descobrir a resposta correta.

Não há como se esquivar desta condição em que se vê o intérprete, em que, desde sua condição finita, jamais conseguirá abarcar todos os pontos de vista possíveis e, muito menos, adotar um posicionamento neutro, sendo que deverá, entretanto, oferecer uma resposta para o caso concreto. Se combinarmos isto com a função que assume a jurisdição constitucional desde o fenômeno do constitucionalismo, podemos dizer que *é impossível, hodiernamente, se adotar uma postura não ativista*, por mais estranho que isto possa soar.

²⁰⁹ “A exata compreensão desse objeto de estudo, os direitos fundamentais, implica na abordagem de temas compartilhados com a filosofia jurídica e política, como são aquelas dos direitos humanos, numa perspectiva pragmática, que busca menos a ênfase na sua importância – já evidenciada por dois séculos de discursos a respeito –, do que os meios de sua realização, valendo-se também dos resultados de estudos recentes que revigoraram a discussão, no campo da filosofia prática, sobre teoria da justiça, argumentação e ética do discurso, a partir de obras como as de Viehweg, Gadamer, Rawls, Habermas, Alexy, Höffe, Perelman e Ricoeur” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009, p. 29).

Não se quer dizer, com isto, que invariavelmente as decisões jurídicas, especialmente aquelas que compõem a jurisdição constitucional, por demandarem do juiz uma postura mais ativa a fim de se efetivamente implementar os direitos fundamentais que estejam sendo reivindicados, que estas decisões sejam sempre de cunho subjetivista, que o juiz decida apenas de acordo com suas próprias (pré-)compreensões, ideologias e crenças, e que nem a Constituição nem a doutrina ofereçam parâmetros indiscutíveis para se chegar a respostas objetivas.

A impossibilidade, nesta quadra da história, de se obter respostas objetivas para questões decorrentes de sociedades cada vez mais complexas não quer dizer que seu oposto seja uma consequência lógica. Isto é, por ser impossível se prever no ordenamento jurídico todas as respostas para os casos futuros de modo objetivo, e pelo fato de estas respostas deverem se adequar não apenas ao direito estabelecido, mas, antes de tudo, à proteção e promoção de direitos humanos fundamentais, não se tem como consequência direta que, então, os juízes poderão decidir como bem entenderem, dando ao ordenamento jurídico e às diretrizes principiológicas qualquer interpretação.

Quando se diz que não é possível, nestas questões, uma postura que não seja ativista, está-se a dizer muito mais em relação à função da jurisdição constitucional e ao papel que esta assume do que em relação ao conteúdo propriamente dito das decisões proferidas em sede de processos constitucionais. Para que isto fique um pouco mais claro, vamos nos valer de um exemplo muito elucidativo, que é o da atuação da Suprema Corte norte-americana em relação ao *New Deal*.

Sabe-se que após a quebra da bolsa em 1929 a economia dos Estados Unidos da América, que até então residia sob a ideologia liberalista em que o Estado deveria abster-se tanto quanto possível de intervir na seara econômica, estava em colapso e não conseguiria reerguer-se sozinha. O governo tomou uma série de medidas que ficaram conhecidas sob o nome de *New Deal*, as quais eram totalmente contrárias à ideologia da época. Deste modo, sob a tutela do presidente Franklin Delano Roosevelt, o Estado passou a intervir pesadamente na economia.

Apesar do estado de calamidade gerado pela crise de 29 e a necessidade de mudanças e medidas drásticas, várias décadas de império da ideologia liberalista não é algo que se

restringe ao âmbito de questões e discussões puramente econômicas. As pessoas são formadas dentro de uma sociedade em que esta crença é disseminada e formam seus juízos a partir do modo como compreendem a si mesmos, o que está intrinsecamente ligado ao tempo e lugar em que vivem.

Deste modo,

"interessante verificar que as leis editadas durante o *New Deal*, com uma nítida vertente intervencionista da política do Governo federal, foram descartadas pela Suprema Corte estadunidense na base de argumentos pautados no modelo exclusivamente liberal de Estado. Foi sob certa “ameaça” provinda do Executivo (que pretendia aprovar um projeto que permitisse designar um novo membro para cada um dos existentes que contasse com 70 anos ou mais, o que, em 1937, significaria mais 6 integrantes) que houve a mudança de compreensão da Suprema Corte, quanto ao seu papel em face dos direitos sociais”.²¹⁰.

Pode-se verificar, portanto, que a atuação da Suprema Corte norte-americana se deu com base em argumentos atrelados à ideologia liberal, no sentido de que o Estado não poderia intervir de forma tão forte na economia. Ou seja, e este é um ponto fulcral no presente trabalho, em sede de jurisdição constitucional não apenas as decisões que buscam implementar direitos e garantias fundamentais possuem um caráter ativista, no sentido de o judiciário buscar implementá-las, mas também decisões que contenham qualquer significância política – seja de atuação ou contenção, do próprio Judiciário ou dos demais poderes. São decisões em que o limite do político e do jurídico se torna extremamente dúbio.

Agora, para reforçar o argumento aqui defendido, basta se pensar nas consequências que teriam advindo caso o governo federal não tivesse conseguido meios efetivos para mudar a jurisprudência da Suprema Corte. E deve-se frisar que o êxito daquele não se deu via medidas institucionalizadas na ordem de um Estado Democrático de Direito, mas sim via pressões políticas que surtiram efeito nos membros do judiciário.

Como muito já se salientou, especialmente com o fenômeno do constitucionalismo, a relação entre os poderes do Estado foi alterada de modo significativo, tendo como resultado um papel de destaque conferido ao âmbito do Poder Judiciário, ou melhor, da jurisdição constitucional. A função principal desta é garantir e implementar direitos fundamentais, e sua

²¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

atuação, portanto, será sempre “ativista”, posto que deverá se sobrepor, em última instância, a todos os demais poderes do Estado e até mesmo a todos os indivíduos.

É neste sentido que o ativismo deve ser compreendido, para que se possa vislumbrar melhores modos de se proceder, em todas as esferas e não só na jurídica. Assim, o ativismo deve ser compreendido como decorrente do espaço ocupado pela jurisdição constitucional e das questões que esta deve equacionar. Independentemente de os intérpretes responsáveis por tal tarefa estarem ou não preparados para desenvolvê-la da melhor maneira possível, isto é, democrática, estarão tomando decisões que são, por sua essência, e não propriamente por seu conteúdo, ativistas.

Vale dizer, se se propõe uma distinção entre o ativismo e a judicialização da política, em que o primeiro dar-se-ia ao se ultrapassar os limites da segunda, tal distinção tem como referência o conteúdo da decisão, aquilo que foi proferido pelo juiz, e pergunta-se como ele chegou ao resultado, quais os argumentos utilizados. O que queremos enfatizar é que, para além desta dimensão da hermenêutica jurídica – que de modo algum pode ser desprestigiada – há uma outra dimensão, política, que condiciona a segunda.

Como no exemplo há pouco citado, a decisão da Suprema Corte estadunidense que barrava as ações do governo federal não se via como ativista e, pelo contrário, buscava coibir um “ativismo” do poder Executivo. Quando se fala em “ativismo”, não é apenas o conteúdo da decisão que está em jogo, mas muito antes a própria conformação político-jurídica que projeta para tal decisão uma preponderância em relação a todas as demais decisões tomadas na sociedade, sejam estatais ou privadas.

O que se compreende por democracia tem como condição de possibilidade aquilo que se pressupõe dever ser a sociedade, sua configuração e o vínculo entre seus indivíduos. Isto será desenvolvido pormenorizadamente no último capítulo, mas cumpre aqui ressaltar que o viés do ativismo que temos trazido à luz, tendo essas preocupações por base, ultrapassa a discussão sobre os limites de atuação do Poder Judiciário para mostrar a necessidade da jurisdição constitucional para se promover a maior inclusão dos indivíduos na sociedade – através da implementação de direitos fundamentais – por meio do Judiciário.

Nesta nova configuração do espaço público, Luís Roberto Barroso vai dizer que o ativismo judicial apresenta um lado positivo, já que “o Judiciário está atendendo as demandas

da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento”²¹¹. O que estamos dizendo é que não se trata de uma face positiva do ativismo o Judiciário satisfazer demandas atinentes a direitos fundamentais, como se tivesse propriamente um lado negativo nisto.

A questão é que os direitos fundamentais são não apenas reconhecidos quando do advento do constitucionalismo, mas são alçados à condição de possibilidade e de legitimidade toda organização política, social e econômica de qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito. As decisões equivocadas – que não são poucas – em sede de jurisdição constitucional não são reflexo desta nova conformação imposta pelas constituições, mas muito mais de sua não compreensão pelos juristas encarregados de efetivá-la.

Bradar contra o ativismo judicial, como se houvesse realmente a possibilidade de uma decisão totalmente jurídica, sem nenhum cunho político e, portanto, não se configurasse como subjetivista, nada mais faz que impedir de antemão o acesso a este novo espaço de decisão em que os direitos fundamentais encontram sua maior chance de serem efetivados. Buscar meios para se evitar e coibir as decisões equivocadas é muito importante, desde que se compreenda que isto não pode inviabilizar a possibilidade de se desenvolver de modo mais pleno possível a jurisdição constitucional.

O ativismo, portanto, está muito mais ligado às possibilidades envolvidas no âmbito da decisão no processo constitucional – possibilidades de se promover ou restringir direitos fundamentais e, conseqüentemente, a democracia – do que com os conteúdos destas decisões. Dito de outro modo, o ativismo é consequência de uma estrutura jurídico-político em que o baixíssimo nível de implementação de direitos fundamentais faz com que o risco inerente a esse desiderato – risco de se conceder a quem decide poder desmesurado em relação às demais instituições estatais – mostre-se não como um empecilho ou como escolha, mas como uma imposição constitucional.

Como adverte Enrique Ricardo Lewandowski, na era dos direitos²¹² em que vivemos, “há um patrimônio de direitos que não cessa de evoluir e que foram conquistados ao longo

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, p. 9 (Acesso em: 4 nov. 2016).

²¹² A expressão “era dos direitos” foi cunhada por Norberto Bobbio, que assim se refere a ela: “O primado do direito (*ius*) sobre a obrigação é um traço característico do direito romano, tal como este foi elaborado pelos juristas da época clássica. Mas trata-se, como qualquer um pode comprovar por si, de direitos que competem ao

dos séculos, cujo guardião é exatamente o Poder Judiciário”²¹³. Ademais, continua o autor, para se fazer cumprir esta promessa

a nossa Constituição realmente escancarou as portas do Poder Judiciário dentro de um quadro mais amplo, que é o protagonismo do Poder Judiciário, tentando explicar um pouco as causas. Não se trata de 11 ministros no Supremo Tribunal Federal que, de repente, tenham resolvido intervir mais ativamente no processo político e social, ou mesmo econômico, é porque isso se insere dentro de um quadro mais amplo.

E mais: o Judiciário, sobretudo instado pelo Ministério Público, agora renovado em força, poder e vontade política, passou a decidir questões que antes estavam reservadas aos demais poderes; por exemplo, passou a decidir questões, e decidir com bastante intervencionismo, digamos assim, o que pode ser por muitos considerado exacerbado, mas o Judiciário ingere agora na área da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção das crianças, dos adolescentes, dos portadores de necessidades especiais. (...) Isso, evidentemente, aumentou muito o protagonismo do Poder Judiciário, levando muitos a imaginar que estaria rompido o tradicional princípio da separação dos poderes²¹⁴.

Antes de tudo, é importante frisar que o referido autor prefere utilizar a expressão “protagonismo”²¹⁵ a “ativismo”, e isto por reconhecer que esta nova função que assume a jurisdição constitucional decorre da própria Constituição, sendo que esta reestrutura toda a organização do Estado de modo que este possa garantir a efetivação plena dos direitos fundamentais, o que passa a depender de uma atuação mais proativa e da decisão última das cortes constitucionais.

indivíduo como sujeito econômico, como titular de direitos sobre as coisas e como capaz de intercambiar bens com outros sujeitos econômicos dotados da mesma capacidade. A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito. É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.77-78).

²¹³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Editora FGV, v. 251, p. 80, 2009.

²¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 82.

²¹⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Editora FGV, v. 251, p. 78, 2009.

O novo compromisso político-jurídico que se dá a partir da promessa de se fazer respeitar efetivamente os direitos humanos fundamentais supera não só os modelos contratualistas de Estado como o velho princípio da separação de poderes de que era consequência. Isto não quer dizer que estas noções possam ser simplesmente rechaçadas, mas a busca de equilíbrio entre os poderes não visa mais de modo fundamental a estrutura estatal e sua governabilidade, mas sim o compromisso deste em zelar pelos direitos humanos fundamentais.

Um novo paradigma surge do reconhecimento constitucional dos direitos humanos fundamentais, os quais passam a ser condição última de possibilidade e de legitimidade não só de todo o ordenamento jurídico, mas de todas as ações que perpassam a sociedade, sejam elas estatais ou particulares, e que envolvem todos os seus setores, como a política no seu sentido mais partidário, a economia, a cultura, enfim, tudo que constitui a vida em comum.

Deste modo, pode-se compreender que o ativismo judicial, se entendido como temos proposto, isto é, como uma transferência das discussões políticas e sociais para o âmbito do Judiciário, decorre de uma imposição constitucional que acaba por romper com o velho paradigma da organização do Estado, privilegiando antes de tudo o bem-estar social e a defesa dos direitos fundamentais, donde se reconhecer a necessidade de reler, também, a noção de soberania que remonta ao Estado Absolutista, em sua primeira forma política moderna.

O Estado Absolutista tinha como uma de suas principais preocupações garantir-se como soberano, vale dizer, como totalmente independente dos demais, com os quais disputava territórios, mercados e influências. Cada Estado tinha que se colocar em condições de não depender de modo algum dos outros, e assim afirmar sua soberania na esfera internacional.

Com o Estado liberal as coisas mudam um pouco, pois o desenvolvimento do comércio, especialmente em escala mundial, faz com que as forças econômicas comecem por limitar o exercício da soberania estatal. Mas é com o modelo de Estado social que esta soberania deve ser completamente revista, pois o compromisso primeiro e fundamental do Estado passa a ser com o indivíduo, com seus direitos fundamentais que, uma vez reconhecidos, devem ser implementados.

Este novo paradigma é o que está por trás e deve ser assumido por qualquer Estado, atualmente, que se pretenda democrático e de direito. E é por compartilhar esta questão

fundamental – reconhecer e efetivar direitos fundamentais – que podemos vislumbrar, ao menos no mundo moderno ocidental, um ponto em comum entre os mais diversos constitucionalismos.

Desta percepção é que surgiu a ideia de se propor um Direito Constitucional Comum europeu, tendo sido Peter Häberle um dos principais autores e entusiasta desta noção. E o principal ponto a se destacar desta ideia é que ela não propunha uma Constituição em comum para todos os países europeus, os quais deveriam caminhar para um direito comum, de modo a uniformizar seus ordenamentos.

A preocupação fundamental é com os direitos fundamentais e os compromissos decorrentes do reconhecimento destes, o que faz com que os mais variados países, sem prejuízo de suas particularidades, assumissem constituições com alta carga valorativa e substantiva, as quais apresentam, além de vários institutos e estruturas parecidas, paradigmas muito próximos, especialmente a preocupação com questões sociais e a necessidade de se racionalizar e limitar o exercício do poder²¹⁶.

De acordo com André Ramos Tavares,

"essa proposta poderia ser resgatada, ampliada e assumida como pano de fundo da discussão acerca da utilização de jurisprudência constitucional estrangeira, numa espécie de Direito Constitucional comum do Ocidente. A proposta seria, sobretudo, plausível no âmbito dos “conceitos comuns” (Kahn, 1993: 1163) e das questões constitucionais inerentes ao constitucionalismo do Ocidente, muito próximas ou mesmo idênticas nos diversos Estados Constitucionais, cuja reunião formaria esse Direito comum não sistematizado”.²¹⁷

A partir da compreensão do novo paradigma que sustenta o Estado Democrático de Direito, assentado sobre uma base comum de limitação e racionalização do poder, com o devido reconhecimento e busca incessante de efetivação dos direitos fundamentais, é que se percebe que a ideia de um direito constitucional comum se refere, antes de tudo, à preocupação fulcral de propiciar a dignidade da pessoa humana, e não de se buscar um direito uniforme para os Estados, o que além de demandar um órgão central superior que ficaria

²¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

²¹⁷ Idem, p. 146.

responsável pela aplicação última e uniformização deste direito, não levaria em consideração a realidade social de cada país, donde sua aplicação facilmente acabaria mais por infligir que efetivar direitos fundamentais.

Não se trata, portanto, de resgatar a velha discussão entre as teses universalistas e regionalistas a respeito dos direitos humanos. Se as primeiras entendem que tais direitos devem ser os mesmos para todas as pessoas, somente pelo fato de serem seres humanos, as segundas dizem que isto constituiria uma forma de violência para impor determinadas visões de mundo a todos os países, donde se deveria considerar mais as regionalidades de cada país. Não propugnamos que os direitos humanos possam ter “conteúdos em si mesmos”, de modo que poderiam ser reconhecidos e aceitos de forma unânime por todos os países e pessoas, como também não acreditamos que a discussão deva ser levada para o lado de se respeitar a historicidade e valores de cada país como se estes fossem, também, passíveis de conceituação e gozassem de aceitação ampla e irrestrita entre os seus cidadãos.

Corre-se o risco de se perder, nestas discussões, a questão principal, por se ficar preso em qualquer uma das visões acima descritas, as quais nos parecem igualmente abstratas e totalmente distantes da realidade, onde as relações sociais concretas são pautadas por conflitos os mais diversos, e tanto os países quanto os indivíduos comportam-se de formas complexas e até, muitas vezes, paradoxais, conforme o momento. Acaba-se por recair, com qualquer destas posturas, no velho mito de que o ordenamento consegue, de alguma forma, abarcar de antemão as respostas corretas para os casos que tem que resolver.

O que se quer ressaltar é que a impossibilidade de o ordenamento jurídico conceber antecipadamente todas as respostas, como já evidenciado antes, não autoriza ao intérprete oferecer qualquer resposta para o caso concreto, até porque se a necessidade de se efetivar direitos fundamentais torna os problemas político-jurídicos hipercomplexos, os mesmos direitos oferecem o limite de atuação do Judiciário.

Quer dizer que, se pelo fato de se ter que levar em consideração antes de tudo os direitos fundamentais, as decisões jurídicas perdem muito em “segurança”, em objetividade, mas para que seus resultados tenham mais eficácia e efetividade. Isto amplia a dimensão hermenêutica de modo considerável. E é o mesmo fenômeno que podemos verificar em relação às decisões emanadas de jurisdições constitucionais estrangeiras.

Esta abertura – tanto para que o juiz implemente direitos fundamentais quanto para o diálogo com decisões de jurisdição constitucional estrangeira – acaba por ser vista com muita cautela e é até mesmo combatida fortemente, sob o argumento de se estar autorizando o ativismo judicial, querendo-se dizer com isto que se está a autorizar o Judiciário a tomar decisões eminentemente políticas, e que isto é negativo por enfraquecer a democracia. Portanto, do mesmo modo que se combate o “ativismo judicial”, combate-se a busca de diálogo com as sentenças estrangeiras, donde ser importante compreender mais a fundo a questão, como a temos desenvolvido. Em apoio à advertência de André Ramos Tavares:

"Ademais, como assinalado ao longo deste estudo, a utilização deve ser realizada de maneira ponderada, com a demonstração plena do cabimento do uso no âmbito nacional desses elementos estrangeiros. E a proposta é a de que a Justiça Constitucional esteja autorizada e compelida, no âmbito da concretização dos direitos humanos fundamentais, a partir da própria preocupação dogmática com a plena realização desses direitos. **O ativismo, no caso, é não apenas bem-vindo, como também se impõe em países com estágio tardio de consolidação desses direitos solenemente proclamados em suas constituições formais**".²¹⁸ (destaques nossos)

Em países como o nosso, de modernidade tardia, em que os direitos fundamentais – principalmente de segunda e terceira dimensão – não foram minimamente ainda implementados e efetivamente garantidos para a população, o ativismo judicial configura-se como uma necessidade. Não se menospreza os riscos envolvidos, especialmente no que tange ao subjetivismo das decisões, mas este risco decorre da abertura que a jurisdição constitucional requer para fazer efetivar os direitos fundamentais.

Os estudos de hermenêutica constitucional são muito importantes e devem indicar caminhos para se evitar decisões de cunho subjetivistas, mas não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que o exercício da jurisdição pode se separar totalmente da esfera política e que pode ser resultado de uma “neutralidade” do julgador. Pode até fazer sentido, em países que já passaram pelo Estado de bem-estar social, discutir-se a perda da dimensão política e da democracia pelo aumento crescente da judicialização de questões políticas e sociais. Mas somente porque, lá, já se garantiu um mínimo de direitos fundamentais para os indivíduos.

²¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

Garantir esse mínimo de direitos fundamentais é a tarefa principal do Estado, e até mesmo dos particulares, pois é a “essência” do Estado Democrático de Direito, consubstanciado nas constituições dirigentes, com teor valorativo e substancialista, que reconhecem os direitos fundamentais e impõem sua plena efetividade, oferecendo meios e institutos para isso, sendo a responsabilidade última a do Poder Judiciário, que detém a resposta última – tratando-se, evidentemente, de jurisdição constitucional – para fazer tal promessa, em regra não adimplida pelas demais instâncias e poderes.

Do mesmo modo que os riscos do ativismo judicial não são suficientes para que se defenda a não atuação do jurista em questões políticas – como se fosse possível essa separação –, ou, até mesmo, para se descarte o diálogo com as decisões constitucionais estrangeiras. Pelo contrário. Não se combate o risco de decisões subjetivistas promovendo-se um ataque ao ativismo judicial. Isto é não compreender este fenômeno em toda a sua complexidade e fundamentalidade. Combate-se este risco a partir e dentro do ativismo, pois este é uma forma de atuação necessária, imposta constitucionalmente, em que se faz imprescindível uma abertura hermenêutica que coloque a implementação de direitos fundamentais como fim último de todas as ações sociais, estatais e particulares.

Confundir o ativismo judicial, fenômeno tão complexo quanto a sociedade que lhe deu origem, a partir da consagração dos direitos fundamentais como alicerces tanto do direito quanto da política, com um *modus operandi* incorreto de se proceder em sede de jurisdição constitucional é muito mais perigoso para a democracia que as decisões impróprias que se busca extirpar.

O ativismo judicial, portanto, deve ser compreendido como desenvolvimento de um espaço onde se busca efetivar direitos fundamentais, não implementados por outras vias, sobrando ao Judiciário a tarefa de fazê-lo. E, para tanto, apesar dos riscos inerentes a esta abertura, é imprescindível que seja fomentado, pois para se evitar erros não se pode evitar, também, acertos.

É por isso que o diálogo com sentenças estrangeiras não pode ser visto como um risco de ativismo judicial, mas sim como uma necessidade, para que melhor se compreenda e se efetive o ativismo, que é um fenômeno contingente. Abrir o diálogo, tanto no âmbito interno quanto com o plano internacional, apenas contribui para que o ativismo judicial se desenvolva

de modo mais consciente e democrático, com a participação de um número mais elevada de indivíduos e instituições, o que resulta na ampliação de possibilidades de (pré-)compreensão e interpretação, para se oferecer respostas mais eficientes aos problemas (que se tornam gradativamente mais complexos).

O ativismo judicial se mostra como uma tendência mundial, mais especificamente em países com déficit de implementação de direitos fundamentais. Recorrer ao Judiciário para se ter direitos fundamentais implementados mostra-se muito mais democrático que se “respeitar” a inércia de outros poderes. Volta-se a destacar que o cerne da questão é, primordialmente, o que se concebe por democracia. Antes de retomarmos esse ponto, passa-se agora à análise alguns casos que, como o diálogo (expresso ou implícito) com as sentenças estrangeiras, mostram tanto a tendência mundial deste fenômeno como decisões emblemáticas que resguardaram ou implementaram direitos fundamentais que, se dependessem de outras instâncias, devido à inércia ou má atuação de outros poderes, restariam meras promessas.

2. Litígios estruturais em matéria de direitos fundamentais sociais

2.1. O papel do ativismo judicial social na Índia

Como exposto anteriormente, os debates em torno da concretização dos direitos humanos fundamentais passaram a transcender as barreiras nacionais (tornando-se globais). Segundo Upendra Baxi, um Estado de Direito globalizante vem se consolidando, o qual se alinha à linguagem dos direitos humanos e da política social global²¹⁹, vis-à-vis, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2000²²⁰. E, ainda, o autor assinala a existência de um movimento de globalização judicial, que

promove uma projeção sem precedentes dos atores judiciais; sua maneira de fazer justiça militante nos níveis nacional, regional e supranacional introduz

²¹⁹ BAXI, Upendra. O Estado de Direito na Índia. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 4, n. 6, p. 9, 2007.

²²⁰ Conforme a Declaração do Milênio das Nações Unidas aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução A/RES/55/2, de 8 de setembro de 2000.

novos modos de articulação dos valores e padrões do EDD e, ao mesmo tempo, promove o ajuste estrutural do ativismo judicial. (...) as práticas dos direitos humanos e do ativismo social contribuem mais do que nunca para uma rearticulação múltipla das noções acumuladas de EDD²²¹.

Mais especificamente, em se tratando da Suprema Corte da Índia, parece razoável afirmar que se trata de corte pioneira no que tange à utilização de instrumentos do ativismo judicial²²². Vale destacar o caráter inovador da implementação de direitos sociais e econômicos, por meio de um instrumento denominado *Public Interest Litigation* (PIL), desenvolvido pela Suprema Corte indiana, que

consiste na ampliação jurisprudencial dos casos de legitimidade processual para a defesa de direitos sociais e econômicos, amplificando assim a *estrutura legal de oportunidades* ao ativismo judicial. Com esta destacada criação jurisprudencial, a Suprema Corte democratizou o acesso direto à sua jurisdição e permitiu que diferentes grupos desprotegidos e minoritários enfrentassem o governo em torno de variados direitos sociais e econômicos. Com tal prática, a Suprema Corte indiana tem se apresentado como instituição valorosa na proteção e promoção de direitos em favor dos cidadãos indianos mais pobres.

²²¹ BAXI, Upendra. O Estado de Direito na Índia. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 4, n. 6, p. 9, 2007.

²²² Carlos Alexandre Azevedo Campos, ao tratar de emendas à constituição declaradas inconstitucionais por violação aos limites materiais impostos ao poder político de reforma, expõe que: "A Suprema Corte indiana, na linha que pode ter influenciado a Corte Constitucional colombiana (Capítulo II, item 4, *supra*), declarou a inconstitucionalidade material de emenda constitucional por considerar não ser permitido ao Parlamento, mesmo por meio de emenda constitucional, alterar a 'estrutura básica' da Constituição indiana. Com decisões da espécie, a Suprema Corte da Índia passou a ser considerada 'uma das cortes mais ativistas de todo o mundo'" (CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: Forense, 2014, p. 345). Quanto ao reconhecimento da Suprema Corte indiana como uma das mais ativistas do mundo, vale destacar o posicionamento de Shylashri Shankar: "Adherents of either viewpoint might agree with legal scholar Gadbois that India's Supreme Court is the most powerful in the world, having virtually become an *imperium in imperio*, an order within an order. They would diverge, however, on how the courts have used their powers. This is the dominant background against which any discussion of the Supreme Court of India has to be situated. These debates pertain to the judiciary's identity and the role that the higher judiciary (the Supreme Court and the High Courts) ought to play in the world's largest democracy. Ought it to be a transformative actor, a protector of constitutional rights, a facilitator of the democratic process, an organ of the state that adheres strictly to a separation of powers, or an institution that is above politics and populism? Since its establishment in 1950, the Supreme Court of India has played all these roles. A review of cases demonstrates that despite increasing judicialisation, the involvement in politics of India's higher judiciary, particularly the Supreme Court, is marked by a balancing act between supporting government actions and holding the executive accountable for its performance" (SHANKAR, Shylashri, in Chapter 6 - Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India, VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013, p. 106)

É interessante notar, adicionalmente, que a mobilização por um Poder Judiciário mais ativo no que se refere à implementação de direitos sociais reflete uma tendência mundial, uma vez que o Poder Executivo (em geral) tem dificuldades para entregar serviços públicos relacionados a esses direitos²²³.

Ao discorrer sobre este fenômeno, Carlos Alexandre Azevedo Campos aduz que:

As cortes e juízes ativistas também expandem o papel institucional por intermédio da ampliação jurisprudencial do acesso à sua jurisdição e de seu espaço de atuação, afastando por sua conta dificuldades procedimentais, como critérios rígidos de legitimidade processual e de cabimento de ações e recursos. Mais importante do que quem bate às portas das cortes, seria a relevância do tema questionado. Por meio desta dimensão, as cortes ativistas também ampliam seus poderes de decisão, formulando doutrinas que reforçam o alcance das ações e recursos constitucionais, assim como a força vinculante das decisões. Com o desenvolvimento ampliativo dessas *regras procedimentais*, as cortes aumentam para si o grau de independência em face dos poderes políticos²²⁴.

Sem dúvida, como expôs o autor, a matéria controversa é de fundamental importância para que o Poder Judiciário amplie o seu espaço de atuação e interação por meio da jurisprudência. De todo modo, é interessante notar que existe, também, uma articulação de várias entidades pela via judicial (Ministério Público, entidades do terceiro setor, especialistas etc.) em prol da concretização de direitos sociais (mais especificamente, do acesso a uma educação de qualidade, como será pormenorizado adiante - Cap. IV, item 3.2.), o que representa uma experiência vivenciada no Brasil, a qual muito se assemelha à indiana,

²²³ Novamente, evidencia-se que não se trata de uma situação enfrentada apenas no Brasil, mas na Índia também emergem as mesmas questões relacionadas ao relacionamento entre os Poderes Judiciário e Executivo, principalmente quando se trata da concretização de direitos sociais: "The case law on social rights and the more recent emphasis on clean government demonstrate complex negotiations between the Court and the other organs of the state, as well with the petitioners from civil society, private sector and other parts of the citizenry to craft solutions that are ongoing and flexible. A review of recent judgments indicates the movement of the higher courts towards more intervention in policy and law enforcement domains. Judges have often justified judicial intervention in administration as unavoidable to combat the lawlessness and ineffective administration" ([SHANKAR, Shylashri, in Chapter 6 - Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India, VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013, p. 133).

²²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: Forense, 2014, p. 345.

inclusive, no que se refere às respostas exaradas do Poder Judiciário. Sobre este ponto, Shylashri Shankar aduz que:

The judiciary's positive response to petitions from NGOs on issues of quality and access to schools and health facilities may be linked to the increasing judicialisation of politics in India. In another paper, I have argued that there are three ways in which increasing judicialisation has had a positive impact. First, the judiciary has knitted alliances with other actors – political parties, citizen groups, activists and the media – to keep a watchful eye on the administration's performance. This has strengthened state-society relations and the scrutiny of misrule. Second, the Court has used the force of law to impose deadlines, define elements of governmental accountability, and ask for explanations for non-compliance. This seems to have generated efforts within the government to tighten administrative rules and weed out corrupt officials. Besides including corruption as a key performance management evaluator of ministries, the top administrative officer (the Cabinet Secretary) recently decided to hold weekly meetings for disposal of pending cases against top bureaucrats in different ministries. On the negative side, a more worrying concern is the monitoring by the higher judiciary of day-to-day or month-to-month implementation of its orders. This increases the load on an already overburdened judiciary and will lengthen backlogs in delivering justice. And if despite such supervision the executive fails to comply with Court directives, the institutional legitimacy of the judiciary will be besmirched²²⁵.

Divergimos, em parte, da conclusão tecida por Shylashri Shankar, segundo o qual: (i) com a fiscalização das decisões emanadas pelo Poder Judiciário sobre a sua concretização pelo Poder Executivo, haverá um aumento da morosidade na entrega de prestação jurisdicional; e (ii) haverá danos à imagem, e consequente perda de legitimidade, do Poder Judiciário caso o Poder Executivo não consiga cumprir com as diretrizes estabelecidas pela Suprema Corte.

Quanto ao primeiro ponto, é possível que uma postura ativista moderada e dialógica contribua para o desafogamento do Poder Judiciário (o caso analisado no Cap. IV, item 3.2. deste trabalho constitui um precedente que trata da concretização do direito à educação), uma vez que a tutela de direitos consagrados constitucionalmente irradiará efeitos *erga omnes* e vinculantes ao Poder Executivo, desencorajando demandas repetitivas sobre a matéria.

²²⁵ SHANKAR, Shylashri, in Chapter 6 - Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India, VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013, p. 133-134.

No que se refere ao segundo item, com a abertura de um espaço interinstitucional para que as entidades interessadas acompanhem e fiscalizem o cumprimento da decisão judicial, exsurge um novo momento na relação processual entre demandantes e demandados, o que contribui sobremaneira ao fortalecimento institucional do Poder Judiciário.

O reconhecimento do Poder Judiciário na implementação de justiça social é premente:

"Social activism as analysed by Justice Bhagwati is a most complex and challenging task facing the modern judiciary today, particularly in developing countries like India. The modern judiciary cannot afford to hide behind notions of legal justices and plead incapacity when social justice issues are addressed to it. The challenge is an important one, not just because judges owe a duty to do justice, but because a modern judiciary can no longer obtain social and political legitimacy without making a substantial contribution to the issue of social justice. It is crucial for the judiciary in order to obtain social and political legitimacy to go beyond legal justice and meet the challenge of making a meaningful contribution to the issue of social justice. **Moreover, social activism is the key to meet this challenge.** In a country like India where issues of poverty, exploitation, and differentiation are regularly coming before the courts, the judges cannot turn away pleading legal formalism or lack of capacity from deciding such issues and still claim that courts stand for a lot of citizens... This is precisely what happened when Apex court of USA during the New Deal Era struck down legislation pertaining to the working hours of men, women and children and other similar legislations which were enacted to protect the welfare of the working class. Interestingly, those who were supporting such social legislation intended to bring about social justice and criticised the justices who nullified such liberal legislation for their judicial activism, pleading for judicial restraint."²²⁶ (destaques nossos)

Ora, eventual não cumprimento pelo Poder Executivo certamente poderá retornar ao Poder Judiciário, mas, dessa vez, haverá um *plus* de legitimidade social e popular, assim como os magistrados competentes poderão verificar e compreender mais detidamente quais são as limitações ou entraves que inviabilizam a concretização do direito objeto de tutela jurisdicional, como disse o autor citado, o ativismo social é a chave que permite o enfrentamento desses desafios pelo Poder Judiciário.

²²⁶ KHANNA, Kishan K. **Judicial Systems of the Third World - The Case of India**, Bloomington, IN, 2002, p. 179-180.

2.2. O "Estado de Coisas Inconstitucional" e a Corte Constitucional colombiana

A Corte Constitucional colombiana também é famosa pelo seu desempenho, de maneira que também não é exagero afirmar que se trata de uma das cortes mais ativistas do mundo, juntamente com a indiana e a sul-africana. Um análise de sua farta jurisprudência ativista permite inferir que as decisões prolatadas tem por objeto primordial a proteção de direitos fundamentais sociais e econômicos.

As diretrizes do Estado de bem-estar social alinhavadas no plano constitucional com a consagração de direitos fundamentais sociais, assim como o amplo acesso à Justiça tem sido determinantes para os avanços promovidos pela Corte Constitucional Colombiana.

Claro que o substrato normativo conferido pela Constituição de 1991 foi preponderante para permitir e viabilizar tal postura por parte do Poder Judiciário. Veja-se, por exemplo o *caput* do artigo 241 da Constituição da Colômbia que trata da jurisdição constitucional (Capítulo 4), *in verbis*:

"Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones"

O fator que contribuiu consideravelmente a atenção destinada aos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto em sede de controle difuso como por meio do controle concentrado de constitucionalidade, a Corte Constitucional Colombiana tem proferido decisões com o escopo de proteger referidos direitos.

"El principal mecanismo para la protección judicial de los DESC es la acción de tutela, una de las herramientas más importantes contempladas en la Constitución para garantizar el respeto por los derechos humanos. El artículo 86 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a presentar

una acción de tutela ante cualquier tribunal con el fin de conseguir la protección inmediata de sus 'derechos constitucionales fundamentales.'"²²⁷

A ação de tutela, nos termos da Constituição Colombiana (acima destacado), requer um procedimento abreviado, de modo que o juiz de primeira instância possui apenas 10 dias (da data do ajuizamento da ação de tutela) para tomar a sua decisão. E ainda, é importante frisar que:

"No existe el requisito formal de que la presente un abogado o se haga mediante una demanda judicial formal. En algunos casos, el defensor del pueblo puede presentar la demanda en nombre de la parte afectada." E mais: "Las decisiones sobre tutelas no se tienen que limitar a ciertas medidas judiciales específicas."²²⁸

Nota-se o apreço do legislador constituinte em oferecer aos jurisdicionados meios para que possam fazer valer os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Nesse diapasão, ainda quanto ao desenvolvimento de ferramentas, a Corte Constitucional colombiana muito contribui com a lapidação conceitual do "estado de cosas inconstitucional"²²⁹, de modo que:

²²⁷ SEPÚLVEDA, Magdalena e GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social, in **Teoría u jurisprudencia de los derechos sociales - Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado**. Editor Malcolm Langfor. Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, p. 235-6. Cumpre transcrever aqui o teor do artigo 86 da Constituição da Colômbia, que trata das ações de tutela de direitos fundamentais: "Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."

²²⁸ SEPÚLVEDA, Magdalena e GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social, in **Teoría u jurisprudencia de los derechos sociales - Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado**. Editor Malcolm Langfor. Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, p. 237.

²²⁹ "La Corte ha fundado su doctrina de los estados de cosas inconstitucionales en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que al regular la tutela prevé que "el juez establecerá los demás efectos del fatto para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza." (SEPÚLVEDA, Magdalena e GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: la Corte

"Mediante esta doctrina, la Corte, por iniciativa propia, ha acumulado y decidido conjuntamente casos numerosos y repetitivos que llegan para su revisión e implican violaciones graves de derechos humanos, incluyendo DESC. Como este concepto no está contemplado explícitamente en la Constitución y va más allá de los efectos *inter partes* de los procedimientos de tutela, su desarrollo es producto de una interpretación innovadora y garantista de las facultades otorgadas a la Corte para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Al acumular y decidir grupos de casos similares, la Corte reconoce que hay un estado de cosas inconstitucional si a) hay violaciones sistemáticas y generalizadas de varios derechos constitucionales que afectan a un número significativo de personas, y b) las violaciones de estos derechos no se pueden atribuir únicamente a una autoridad estatal, sino que son producto de deficiencias estructurales."

Nesse sentido, consoante as decisões Corte Constitucional colombiana, são três as principais premissas que permitem o reconhecimento de um ECI: (i) o descumprimento generalizado de direitos fundamentais, ou seja, a constatação de um quadro de violação massiva desses direitos, afetando um número considerável e indeterminado de pessoas (a mácula, portanto, deve ser grave, contínua e sistêmica); (ii) inépcia ou inabilidade reiterada e contumaz das autoridades públicas para solucionar aludida situação (incluindo-se, neste ponto, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias - denotando falha estrutural do Estado que contribui à deterioração dos problemas em tela); e o fato de (iii) a resolução das violações demandar uma postura ativa, não de apenas uma, mas de um conjunto de autoridades, ou seja, os remédios necessários para enfrentar as inconstitucionalidades sistêmicas necessariamente decorrem da adoção de soluções ou mudanças estruturais.²³⁰

"Si la Corte determina que lá situación constituye un estado de cosas inconstitucional, no espera hasta que haya más demandas que denuncien la misma situación, sino que ordena la adopción de remedios judiciales que tienen por finalidad proteger no solo a aquellos que presentan la acción de tutela, sino a todos los individuos en las mismas circunstancias. Adicionalmente, la Corte suele ordenar a diversas autoridades que diseñen políticas públicas y emprendan esfuerzos coordinados para solucionar la

Constitucional y su contribución a la justicia social, in **Teoría u jurisprudencia de los derechos sociales - Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado**. Editor Malcolm Langfor. Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, p. 240).

²³⁰ O desenvolvimento pela Corte Constitucional colombiana dos requisitos necessários à declaração de um estado de coisas inconstitucional pode ser verificado nos seguintes casos: *Sentencia* no SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU – 250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004 (Corte Constitucional da Colômbia).

situación, y a menudo requiere que se diseñe un plan de acción y se ponga en práctica para ocuparse de la situación."²³¹

Outro elemento importante para configurar a declaração de um estado de coisas inconstitucional, é:

"Las sentencias en las que la Corte ha encontrado un estado de cosas inconstitucional constituyen el reconocimiento del hecho de que los individuos que están en una situación vulnerable y de marginación están a menudo en una situación en la que son incapaces de presentar acciones judiciales. Así, al examinar las circunstancias de aquellos que tienen la posibilidad, por las razones que sean, de presentar una reclamación, la decisión de la Corte busca solucionar la situación de todos las personas en las mismas circunstancias. La aplicación de este concepto ha demostrado ser un efectivo mecanismo de 'pesos y contrapesos', que requiere a las autoridades para que cumplan con los derechos y principios básicos establecidos en la Constitución. También ha promovido la colaboración entre las diferentes autoridades para resolver el estado de cosas inconstitucional."²³²

Como é possível depreender da experiência colombiana, nota-se que o intuito do instrumento intitulado estado de coisas inconstitucional almeja envidar uma resposta por parte das autoridades envolvidas em casos de grave desatendimento à ordem constitucional, com a delimitação de parâmetros específicos.

É importante destacar que, ao invés de denotar uma solução terminativa por parte do

²³¹ SEPÚLVEDA, Magdalena e GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social, in **Teoría u jurisprudencia de los derechos sociales - Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado**. Editor Malcolm Langfor. Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, p. 240.

²³² Vale expor que: "La Corte ha usado este concepto en un número limitado de casos, que incluyen algunas de las violaciones más graves de DESC en el país. Como veremos, la Corte ha aplicado el concepto de forma explícita por ejemplo, en relación con la situación de las personas desplazadas internamente (PDI) y los detenidos en condiciones carcelarias inhumanas, y lo ha hecho de forma implícita al decidir las peticiones de miles de pacientes que han acudido a la tutela para reclamar atención médica." SEPÚLVEDA, Magdalena e GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social, in **Teoría u jurisprudencia de los derechos sociales - Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado**. Editor Malcolm Langfor. Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, p. 240-241.

Poder Judiciário, a declaração de estado de coisas inconstitucional representa o início de uma relação dialógica e interinstitucional, que tem por finalidade última atacar a situação de violação comprometedora de direitos humanos fundamentais.

2.3. Constitucionalismo Transformativo e o "Compromisso Significativo" da Corte Constitucional da África do Sul

O constitucionalismo da África do Sul segue caminho semelhante ao da Índia e da Colômbia, no sentido de que apresenta, ante o descumprimento de direitos humanos fundamentais, uma resposta proativa do Poder Judiciário, que procura utilizar instrumentos judiciais capazes de impingir o Poder Executivo a executar suas tarefas constitucionais, especialmente em litígios estruturais complexos.

Aqui surge a figura do "compromisso significativo" (*meaningful engagement*), técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul.

Segundo David Wilson de Abreu Pardo, o Poder Judiciário, nas soluções onde emprega o "compromisso significativo" como instrumento decisório se insere na posição de fiscal uma solução avençada, que teve a participação das entidades pertinentes:

"O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser **modelo de revisão judicial compatível com a democracia**. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis. O controle imediato do orçamento permanece com a administração pública, ainda que sob a ordem judicial de atendimento aos direitos. **A ideia é que o Estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação dos direitos, por meio de iniciativas e políticas para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber veredito judicial substantivo. A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juízes.** O

compromisso significativo bem podia ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil".²³³

Esta técnica ou instrumento que se chama de compromisso significativo é muito pertinente para desmistificar a questão do ativismo judicial, como ela vem sendo comumente colocada nas discussões sobre o tema. Aí pode-se perceber, de maneira clara, que a postura proativa do juiz constitucional é demandada pela própria jurisdição constitucional, e que isso não abre um espaço interpretativo em que qualquer decisão pode ser tomada.

Na verdade, o que ocorre é que espaço é o próprio espaço em que se desenvolve a jurisdição constitucional. Se há um processo constitucional, é porque uma questão social, em regra de cunho político e grande interesse público, no mais das vezes abarcada por um direito fundamental, exige uma resposta, e esta tem que ser efetiva, tem que alterar o estado das coisas, tem que transformar a realidade.

O juiz constitucional pode, é claro, preencher este espaço com suas próprias convicções, e isto implica numa postura incorreta. Porém, não ativista, no sentido de conter um fundo político. Fazer política, atualmente, de modo minimamente democrático, é implementar ou não direitos fundamentais. Por isso que é uma decisão eminentemente política a que implementa e a que deixa de implementar direitos fundamentais.

A primeira deve ser a considerada correta, mas ela não pode, por outro lado, dar-se de forma subjetivista e, portanto, não democrática. A decisão é uma necessidade, e uma instância ou órgão capaz de proferi-la em última instância, também. Por sua vez, o juiz constitucional, tem como função precípua não apenas a determinação para que sejam implementados os direitos fundamentais objeto do litígio, mas a sua promoção, a qual deve ser construída num ambiente dialógico e democrático, e, vale destacar, sempre com fundamentação razoável e parametrizada.

É interessante notar no caso da Corte Constitucional da África do Sul, que decisões constitucionais podem sim arranhar o prestígio da Corte com o não cumprimento por parte dos Poderes Legislativo ou Executivo:

²³³ PARDO, David Wilson de Abreu. **Compromisso significativo**. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015.

"Compliance with this obligation has been uneven and the issue was specifically included in the current review of the Court. The Constitutional Court has been criticised for its seemingly naive faith in the commitment and ability of the state to act in an appropriately remedial manner in response to the judgments of the Court. This has been so, especially in the case of socio-economic rights where neither the declaration of rights in *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*, nor the mandamus in the *Minister of Health v Treatment Action Campaign (No 2)* brought about the required remedial state action. The image and reality of a Constitutional Court that is impotent to enforce its judgments and orders, and thus to provide effective relief for rights violations, undermines the very basis of the rule of law and constitutional democracy".²³⁴

Nesse sentido, a atuação do juiz deve prezar pela democracia, indicando os direitos fundamentais que devem ser implementados, e trazendo à baila todos os envolvidos ou possíveis interessados, deve zelar pela melhor comunicação entre estes, a qual deve ter por ponto de partida sua decisão sobre quais direitos devem ser implementados e apontando, se possível, uma direção, a qual poderá, inclusive, ser amplamente alterada no diálogo²³⁵ que deve prosseguir até que a implementação se efetive por completo.

O ativismo judicial, desta feita, muito mais do que propiciar uma abertura para decisões arbitrárias e subjetivistas, faz é reconhecer que estas características são inerentes à própria necessidade de se decidir. Deste modo, propicia é uma abertura para que toda e

²³⁴ ROUX, Wessel le. Chapter 7 - Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court. in VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013, p. 163.

²³⁵ Diálogo este que não se limita à relação entre os Poderes, mas também à jurisprudência estrangeira e ao direito internacional. Quanto à análise de jurisprudência cruzada, vale destacar aqui a necessidade de um aprofundamento no dos estudos acerca do cone Sul-Sul (Brasil, Índia e África do Sul), assim como o ímpeto do juízes da Corte Constitucional da África do Sul, os quais, segundo o autor: "Lourens du Plessis describes the Constitutional Court judges as 'comparative constitutional law enthusiasts' and 'universalists' actively pursuing the constitutionalisation of international law. Cosmopolitanism is therefore correctly identified by Roederer as a foundational constitutional value of the post-apartheid Constitution and the jurisprudence of the Court. It provides a welcome break from the insular nationalism that characterised the era of apartheid. Indeed, Seyla Benhabib presents the democratic iteration of cosmopolitan human rights norms as the normative model of deliberative democracy and politics at the beginning of the 21 century. It is a model with which the South African Constitutional Court would feel completely comfortable. As I tried to suggest throughout this review, it is a model which the Court might even, and not without reason, claim as their own" (Idem p. 174-175).

qualquer decisão seja discutida ao máximo, uma abertura para o diálogo, e não para o arbítrio.²³⁶

3. Precedentes jurisprudenciais concretos do Poder Judiciário brasileiro

Abaixo serão apresentados casos concretos no âmbito do sistema judicial brasileiro que utilizaram, expressa ou implicitamente (no teor da decisão), os novos instrumentos do ativismo judicial. O presente escopo, vale destacar, não é realizar uma análise minudente de cada caso, considerando que ambos ensejam situações de litígio estrutural complexo, capazes de serem objeto cada qual de teses e estudos próprios.

3.1. O Supremo Tribunal Federal reconhece o "Estado de Coisas Inconstitucional": o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

Aos 13 de agosto de 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 592.581 (interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça do respectivo estado e com repercussão geral reconhecida), decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos (essencialmente, a integridade física e moral destes).²³⁷

²³⁶ Esta tendência pode ser encarada como uma das principais facetas do constitucionalismo transformativo, que segundo o autor: "does not live on as an ideal alone. In the introduction, the editors suggested that BISA Constitutions champion a new worldwide wave of constitutional adjudication. However, it does not mean that BISA apex courts are immune from criticism, as illustrated by the contributions to this book. These courts have a central role to play: To wait for the implementation of generous constitutional rights, without the machinery to enforce them, is as futile as waiting in vain for the appearance of Godot. In sharp contrast with part of the US literature which qualifies judiciary-oriented approaches to social change as a 'hollow hope, the contributions to this book in general take a positive yet critical stance in favour of the transformative (yet constantly unfulfilled) potential of apex courts, at least in the countries here analysed." (VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; e VILJOEN, Frans. Chapter 28 - Some concluding thoughts on an ideal, machinery and method, VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013, p. 621)

²³⁷ Segundo o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, em seu voto: "A controvérsia central deste recurso extraordinário está em saber se cabe ao Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer,

Vale destacar alguns pontos alinhavados no voto apresentado pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, que em muito se assemelham com as situações enfrentadas pela Corte Constitucional colombiana, compreendendo: (i) um contexto de crítica internacional (principalmente da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos) ao Brasil no que se refere aos direitos humanos dos presos; (ii) a submissão da matéria ao Poder Judiciário; e (iii) o fato de ser a "intervenção judicial impostergável", onde cabe transcrever trecho do voto do relator:

"Como acredito haver exposto, ainda que em singelas pinceladas, o nosso histórico de inércia administrativa com relação à caótica situação dos estabelecimentos prisionais, bem como o lastimável desinteresse ou, até mesmo, a franca hostilidade da sociedade quanto a essa temática, permanentemente insuflada por uma mídia sensacionalista, permitem concluir que, se não houver uma decisiva ação judicial para corrigir tal situação, ela só tenderá a agravar-se, de maneira a tornar-se insustentável em poucos anos, como já antecipam as sangrentas rebeliões de presos, as quais de repetem, com macabra regularidade, em todas as unidades da federação."²³⁸

Como se observa no voto do relator, não se pretende alegar que o Poder Judiciário pode intervir de ofício em toda e qualquer situação de violação dos direitos fundamentais, mas apenas em situações onde houver a provocação do magistrados, e desde que haja um "não fazer" comissivo ou omissivo das autoridades públicas pertinentes, colocando em risco (de modo grave e iminente), os direitos fundamentais dos envolvidos.²³⁹

consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais de pessoas sob custódia temporária do Estado. Em palavras distintas, indaga-se a esta Suprema Corte se, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, estariam os juízes e tribunais autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os 8 direitos que a Constituição Federal lhes garante, em especial o abrigado em seu art. 5º, XLIX." (RE 592.581 "in" Informativo STF 796/2015).

²³⁸ RE 592.581 "in" Informativo STF 796/2015, p. 60 do acórdão.

²³⁹ No voto do relator é afastado também o argumento utilizado pelas autoridades relacionado à ausência de verbas, uma vez que de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça " até 2013, por exemplo, foram investidos cerca de R\$ 1.583.640.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e três milhões e seiscentos e quarenta mil reais) em construções, reformas ou ampliações em estabelecimentos penais, o que representaria, na projeção por ele realizada, a disponibilização de 52.340 (cinquenta e duas mil, trezentos e quarenta) novas vagas nos sistemas estaduais. Causa perplexidade que o referido Fundo tenha arrecadado, até junho de 2015, a considerável importância de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e

A situação de flagrante calamidade foi enaltecida na argumentação do relator, não somente como forma de afastar a posição definida pelo Tribunal de Justiça local (quanto à legitimidade do Poder Judiciário para ingressar na seara em apreço), como para reafirmar que o caso consiste no grave desrespeito aos direitos fundamentais dos presos. Frise-se que o voto do relator, em favor do recurso interposto pelo *Parquet* do Rio Grande do Sul foi seguido unanimemente.

Seguidamente, aos 9 de setembro de 2015, o Supremo concedeu parcialmente a cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que demandava providências relacionadas à crise do sistema carcerário brasileiro. Como é possível verificar na própria ementa deste acórdão, há a importação do conceito de estado de coisas inconstitucional:

"SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

No relatório do Ministro Marco Aurélio, restou consignado o pedido formulado na ação em apreço, qual seja, o reconhecimento da figura do "estado de coisas inconstitucional" no que tange ao sistema penitenciário brasileiro, com a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos decorrentes de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos por parte da União, dos Estados e do Distrito Federal (incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial). Segundo o relator, o autor da ação aduziu que:

vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos)⁴⁸. E mais, saber que basta aos entes federados, para acessar essas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN. O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). De um lado, em virtude do contingenciamento de verbas do Fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados." (RE 592.581 "in" Informativo STF 796/2015, p. 64-65 do acórdão)

"(...) o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis. Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes. Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Supremo por meio desta arguição.”²⁴⁰

Consoante a jurisprudência constitucional colombiana, os três pressupostos para a caracterização do estado de coisas inconstitucional (item 2.2. do Cap. IV) são evidentes no plano do sistema carcerário brasileiro, conforme indica o Ministro Edson Fachin.²⁴¹ Na mesma linha, o ministro Luís Roberto Barroso aduz que:

²⁴⁰ ADPF nº 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio “in” Informativo STF 798/2015, p. 7 do acórdão. Ainda nesse sentido: “Alega que medidas judiciais não implicam ofensa ao princípio democrático, nem pressupõem o conhecimento especializado em políticas públicas. Diz não ofender a democracia a atuação judicial voltada à proteção de direitos fundamentais, principalmente quando envolvidas minorias impopulares, como são os presos. Sustenta que os poderes políticos não possuem qualquer motivação para resolver o problema ante a antipatia da opinião pública relativamente à população carcerária. Enfatiza, mais uma vez, a ‘falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional’. Esclarece não estar formulando pedidos cujo deferimento implicará determinações judiciais rígidas e soluções ditadas pelo próprio Tribunal, e sim a intervenção judicial por meio de ordens flexíveis que, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos Poderes estatais, atribuam ao Governo e ao legislador a possibilidade de formulação de planos de ação para a superação do ‘estado de coisas inconstitucional’. Aponta caber ao Supremo, ou quem lhe faça as vezes, o monitoramento da fase de implementação, devidamente auxiliado por entidades dotadas do indispensável conhecimento, inclusive com a participação deliberativa da sociedade civil. Dessa forma, o Tribunal interviria sem abrir mão ‘do potencial institucional dos outros poderes’.” (ADPF nº 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio “in” Informativo STF 798/2015, p. 13 do acórdão).

²⁴¹ Segundo o ministro, citando Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “A descrição dessas sentenças revela haver três pressupostos principais do ECI. O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. (...) O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. (...) O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional> <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 17.08.2015).

"(...) há um conceito importante veiculado na inicial, encampado pelo Ministro Marco Aurélio - que eu mesmo já havia sustentado quando discutimos aqui a questão dos precatórios, depois quando discutimos aqui a questão da indenização dos presos -, que é o estado de coisas inconstitucional. Trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional colombiana, em uma situação muito parecida com a brasileira. Portanto, não há aqui, como de praxe, na ADPF, a indicação de um ato específico do Poder Público. Existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema. Desse modo, também não excitaria em reconhecer como presente esse segundo elemento, que é um ato do Poder Público, na verdade, aqui um conjunto de ações e de inações."²⁴²

Vale destacar ainda, algumas importantes ponderações tecidas pelo Min. Luiz Fux, a respeito da jurisdição constitucional:

Agora, aqui há um *plus*. A jurisdição constitucional, além de exercer a sua exclusiva função e a sua obrigação, vai poder proferir uma decisão de caráter geral e de cunho pedagógico, vai impor ao juiz, porque eles vão ler este acórdão, eles vão tomar conhecimento que o Supremo Tribunal Federal reconhece que há um estado de coisas inconstitucional, porque eles não motivam as suas decisões, não aplicam a lei das medidas cautelares e com isso abarrotam os presídios. De sorte que, no meu modo de ver, esta decisão servirá como exemplo para toda a magistratura, suprimindo inclusive a necessidade de se fazer encontros para explicar aos colegas, que são dedicados, mas que neste particular as coisas não estão andando bem. Não haverá necessidade de encontros para explicar isso, porque o acórdão do Supremo vai sair amanhã nos jornais, avisando os juízes que o Supremo Tribunal Federal está preocupado, mais do que preocupado, e determinou que agora se proceda desta forma".²⁴³

Resta evidente, portanto, que o Supremo Tribunal Federal tem plena noção dos efeitos que pretende impingir com a incorporação do instrumento "estado de coisas inconstitucional", indicando que deve nortear não apenas a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também a postura dos magistrados no território brasileiro quanto a questões criminais que podem vir a contribuir para este estado de coisas.

²⁴² ADPF nº 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio "in" Informativo STF 798/2015, p. 72 -73 do acórdão.

²⁴³ ADPF nº 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio "in" Informativo STF 798/2015, p. 116 do acórdão.

Considerando que o Tribunal atua de maneira fundamentada e por meio de seu colegiado (para decidir sobre qualquer tema relevante) não há porque temer a utilização de instrumentos que servirão para uma aproximação dos Poderes em torno de assuntos que se apresentam de indispensável urgência. Novamente, a utilização da experiência estrangeira serve como um aparato hábil no desenvolvimento de uma relação dialógica entre as instituições brasileiras.

3.2. O Judiciário Paulista e o litígio estrutural relacionado ao déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo: o julgamento da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002.

O caso do acesso à sistema educacional básico em São Paulo é emblemático e assaz intrincado, oferecendo um sem número de abordagens possíveis e relevantes sobre a matéria. Vale ressaltar, assim, que será analisada a postura do Poder Judiciário relativamente ao Poder Executivo quanto ao mérito da decisão e seu escopo.

Em apertada síntese, o caso acima destacado consiste na propositura de ação civil pública pelo *Parquet* do Estado de São Paulo contra a Municipalidade de São Paulo para propiciar educação infantil a 736 crianças, assim como franquear a oferta de educação infantil, por meio da construção de unidades escolares suficientes para atender toda a demanda consignada em cadastro oficial, e ainda, indenizar as famílias não atendidas por danos morais e materiais difusos, como forma de reparação dos prejuízos sociais e econômicos gerados pela omissão do Estado. Nos termos da ementa da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002:

"Direito das crianças à educação infantil consagrado na Constituição da República e no Estatuto da Criança e Adolescente, correspondendo a obrigação prioritariamente do Município. **Dever do Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, de exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes a sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder, pois a questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de**

efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável. Jurisprudência - Omissão do Município de São Paulo reconhecida pelo julgado parcialmente procedente para obrigar o Município de São Paulo a criar novas vagas em creches e em pré-escolas, no prazo fixado e em número suficiente para atender toda a demanda cadastrada, propiciando ensino dentro de padrões de qualidade; obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; **obrigar o Município de São Paulo a apresentar, no prazo estipulado, plano da ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, bem como apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada**". (Grifos nossos)

Uma análise dos problemas relacionados ao acesso a creches ou pré-escolas no Município de São Paulo demonstra a recorrência dos litígios individuais e coletivos apreciados pelos Tribunais de Justiça, assim como pelo Supremo Tribunal Federal. As demandas individuais, apesar de serem exitosas em praticamente todos os casos, não apresentava ao Poder Judiciário as implicâncias e problemas estruturais, permitindo uma solução mais completa no que se refere ao acesso à educação²⁴⁴. Ou seja,

"As demandas individuais são reducionistas por essência e não permitem a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso significa a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, que não levam em conta a necessidade de universalização do direito social à creche e pré-escola. Logo, as demandas individuais têm apresentado pequeno potencial transformador da realidade social macro (acesso à justiça substancial)."²⁴⁵

²⁴⁴ Segundo Susana Henriques da Costa: "o processo coletivo possibilita o ingresso de todo conflito social perante o Judiciário. Ele traz a complexidade e as contradições sociais para equacionamento, ele permite a análise de toda política pública sub judice e suas limitações estruturais e orçamentárias e, destarte, permite uma decisão mais completa, rente à realidade, com maior legitimidade política. Por esses motivos, em tese, o processo coletivo é o único que viabiliza o que FISS chama de reforma estrutural, ou seja, um tipo de adjudicação distinto, caracterizado pelo embate com a burocracia estatal e pela assunção da premissa de que valores constitucionais não podem ser assegurados sem que sejam realizadas mudanças básicas nos arranjos institucionais e nas organizações sociais." (COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 57).

²⁴⁵ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 56.

Concomitantemente, a litigância coletiva, que inicialmente sofria certa resistência por parte do Judiciário (o qual muitas vezes reconhecia a inviabilidade dos pedidos formulados pelo Ministério Público alegando se tratarem de exercício da função típica do Poder Executivo) gradativamente, passou a conquistar mais empatia pelos julgadores.

Na verdade, foi decisivo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, que acabou promovendo uma farta jurisprudência progressista no que tange ao direito à educação²⁴⁶, influenciando, por sua vez, a postura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Claro que a atuação do Poder Judiciário não efetivará o direito universal à educação da noite para o dia, sendo certo que ainda não há resultados expressivos nos litígios sobre direito à creche e pré-escola em São Paulo, mas a viragem jurisprudencial nas ações coletivas, certamente vem para favorecer a implementação desses direitos pelo Poder Executivo por força da pressão dos tribunais.

Noutras palavras, é imprescindível consignar que houve importantes consequências sociais, principalmente quanto ao reconhecimento pelo Poder Judiciário da exigibilidade do direito à educação infantil, com a correspondente imposição de obrigações ao Poder Executivo, tanto no plano individual como no coletivo. E ainda, a respeito do acesso coletivo e a sua evolução no Judiciário Paulista, Susana Henriques da Costa aduz que:

²⁴⁶ Conforme a autora indica em seu estudo, tais posicionamentos foram frutos da provocação do Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, em sede de Recurso Extraordinário, quais sejam, "Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário n. 410715-5/SP e n. 436.996, do Município de Santo André, relatado pelo Min. Celso de Mello, nos quais a Segunda Turma confirmou decisão monocrática desse ministro em favor do recurso do Ministério Público. Outros casos, com o mesmo posicionamento, alguns deles confirmando acórdãos do TJSP: RE 463.210- AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento em 06/12/2005, DJ em 03/02/2006. RE 431.916-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 25/04/2006, DJ em 19/05/2006. RE 469.819 AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2006, DJ em 06/10/2006. RE 465.066 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 13/12/2006, DJ em 16/02/2007. RE 384.201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2007, DJ em 03/08/2007. RE 595595 AgR / SC, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 28/04/2009, DJ em 28/05/2009. RE592.937 AgR/SC, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/05/2009, Publicação em 04/06/2009. AI 592.075 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 19/05/2009, DJ em 04/06/2009. RE 554.075 AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 30/06/2009, DJ em 20/08/2009." (GOTTI, Alessandra, XIMENES, Salomão, Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa, nos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, in COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 48).

"O acesso coletivo, por sua, vez, ainda encontra resistência pelo Judiciário Paulista. Embora seja possível identificar uma tendência judicial ampliadora do conhecimento de pretensões coletivas envolvendo a políticas públicas educacionais, o Judiciário Paulista muitas vezes resiste, pela adoção de argumentos "escudos" como o da discricionariedade administrativa, à apreciação de pedidos voltados à tutela, especialmente, de interesses essencialmente difusos. Nos casos em que as pretensões transindividuais ingressam no Judiciário, muitas vezes encontram técnicas processuais inadequadas, obsoletas e essencialmente adjudicatórias, bem como um Judiciário não preparado para o equacionamento de demandas de natureza distributiva. Logo, sob a dimensão processual (ingresso, adequação e racionalidade), a litigância processual coletiva sobre educação infantil ainda não encontra um Judiciário plenamente acessível. É digna de nota, porém, a experiência ainda em andamento da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, que sinaliza um processo de amadurecimento do Judiciário Paulista para lidar com demandas voltadas à discussão de políticas públicas, seja pela ampliação democrática do debate, seja pela adoção de postura mais mediadora."²⁴⁷

Dois pontos aqui merecem destaque: (i) a ampliação democrática do debate, que permite a inclusão de políticas públicas nas pautas do Poder Judiciário e a participação do que a autora chama de *repeat players* (basicamente: entidades que possuem experiência acumulada em litigância da matéria, tais como, Ministério Público, Defensoria Pública e associações civis que militam na área²⁴⁸), o que contribui sobremaneira para que a magistratura compreenda os desafios relacionados a esses litígios estruturais; e (ii) a legitimação (auto)conferida²⁴⁹ pelo Poder Judiciário para tratar de políticas públicas, uma vez

²⁴⁷ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 63.

²⁴⁸ Sobre a importância da experiência (know-how) e da representatividade dos *repeat players* a autora esclarece que: "Individualmente, cada um desses legitimados é um *repeat player*. O Ministério Público tem a expertise da extensa litigância coletiva anterior. A Defensoria Pública rapidamente se torna responsável pelo ajuizamento de milhares de demandas individuais buscando vagas em creche e pré-escola, o que lhe dá um contato privilegiado com conflito. As associações civis, por fim, por derivarem dos movimentos sociais envolvidos com a militância política em prol do direito à educação, talvez sejam os entes mais experientes para a construção de soluções viáveis e rentes à realidade. Além de experiência acumulada, esses *repeat players* possuem em seus quadros pessoas com formação acadêmica especializada em direito à educação e judicialização de políticas, o que permite diagnósticos precisos e criação de inúmeras e diversificadas estratégias inovadoras de atuação judicial, todas voltadas a conseguir ganhos jurisprudenciais pela alteração de padrão decisório. Vários dos entes mencionados possuem, ainda, proximidade com a justiça, o que acaba por neutralizar vantagens do *repeat player* passivo." (COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 59-60).

²⁴⁹ Acerca da (auto)legitimação, Susana Henriques da Costa explica que: "O Ministério Público que, como se verá abaixo, também é um *repeat player*, não conseguiu, até a década de 90, a despeito das várias estratégias empregadas, alterar a postura restritiva à judicialização coletiva do Judiciário Paulista. A partir de 2005, o MP Paulista, porém, consegue importantes vitórias no órgão de vértice da estrutura judiciária brasileira (STF), o que

que legitima o campo processual para debater políticas públicas, mas ao mesmo tempo, recebe o influxo de informações e diagnósticos relacionados aos temas pelos *repeat players*, com a finalidade específica de fulminar o quadro de múltiplas lesividades aos direitos fundamentais.

A característica inovadora da decisão, afora a imposição de criação de 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade²⁵⁰, que atrai a atenção do presente trabalho foi que o juízo decidiu por obrigar a Municipalidade de São Paulo a: (i) apresentar, no prazo limite de sessenta dias, o plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil; e a (ii) apresentar semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas quanto à ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil (nos termos da decisão). E determinou ainda que:

"A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado. Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade." (destaques nossos)

exerce uma verticalizada e significativa influência no então vigente padrão decisório judiciário paulista. Paralelamente a isso, aparecem novos *repeat players* na litigância coletiva. O Programa Ação na Justiça da ONG Ação educativa é lançado em 2004; Defensoria Pública Paulista é instituída em 2006; em 2007, há a criação do Movimento Creche para Todos e; em 2012, é formado o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI). Há um movimento de articulação e fortalecimento dos entes processualmente legitimados, segundo a Lei de Ação Civil Pública (Lei no 7347/85), para a litigância coletiva dos direitos sociais relacionados à educação infantil" (COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 59).

²⁵⁰ O TJSP ainda estipulou determinações específicas como disponibilizar: "50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação" Assim como: "2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada" (TJSP, Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, rel. des. Walter de Almeida Guilherme (decano), p. 43-44 do acórdão).

Trata-se de uma nova abordagem que, apesar de não fazer menção expressa aos modelos decisoriais estrangeiros, presentes na jurisprudência constitucional não nacional, acaba incorporando, por aproximação, o instrumento do compromisso significativo (*meaningful engagement*).

O avanço é evidente neste quesito, pois o acórdão prolatado carrega consigo uma postura que se pretende mais conciliatória e menos unilateral (ou adjudicatória)²⁵¹, como é possível observar ao final:

"Uma vez ordenada prestação de informações pela Municipalidade de São Paulo, bem como o acesso a elas que terão os órgãos referidos, **não há razão para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas** e, com sugerido pelas apelantes em memorial, o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor, **sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar astreintes para compelir os responsáveis a cumprir as determinações.**"²⁵²

A recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem para esmorecer o trágico paradoxo indicado por Susana Henriques da Costa²⁵³, na medida em que o tratamento conferido ao litigante individual acerca do direito à educação oferece maior eficiência na resguardo do respectivo direito subjetivo; enquanto a litigância coletiva ainda engatinha em termos de eficiência²⁵⁴.

²⁵¹ Nessa linha Susana Henriques da Costa aduz que: "As decisões judiciais em processos coletivos ainda seguem a lógica adjudicatória e os juízes encontram dificuldades em adotar uma postura menos imperativa e mais mediadora de conflitos sociais. Como consequência, há a proliferação de decisões simbolicamente importantes, porém com pouco potencial de alteração da realidade social" (Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 60).

²⁵² Acórdão, TJSP, p. 44-45.

²⁵³ Conforme aduz a autora: "Ao permitir que aqueles que ajuizaram demandas tenham suas vagas garantidas, ainda, as demandas individuais institucionalizaram a prática do chamado "fura fila", consistente na alteração da ordem da lista oficial. Elas não têm sido capazes, porém, de criar pressão ou desconforto suficiente no Poder Executivo para a modificação da política pública educacional e pela redução do déficit de vagas (vide dados acima). Há mera mudança de posição na lista em favor de indivíduos que, se por um lado devem ter seus direitos garantidos, por outro lado, estão na mesma condição jurídica e, às vezes, em melhores condições sociais, que aqueles que são deixados para trás." (COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016, p. 56).

²⁵⁴ A esse respeito, a autora levanta questões pertinentes, que podem ter respostas diferentes, a depender do bom emprego pelos Tribunais de métodos decisórios que contribuam para a implementação de direitos humanos fundamentais (como o utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso em apreço): "Recent

Como o emprego desses novos instrumentos do ativismo judicial é possível conferir uma maior efetividade às decisões judiciais em matéria de litigância coletiva e restaurar a expectativa de provimento jurisdicional mais isonômico, numa vez que as camadas mais populares, que ainda encontram dificuldades em acessar a jurisdição, poderão usufruir dos efeitos da decisão.

reformist movements are based in an efficiency and managerial ideology which privileges access to the system's already top users and most experienced players. The final questions arising from this analysis are, therefore, if Brazilian courts, so heavily drained by repeat players, are able to act as qualified institutions to promote social change and the interests of the excluded minorities. Or will such courts be condemned to act merely symbolically as agents of the status quo? It seems that the answers to questions regarding the redistributive potential of Brazilian courts lie heavily a redistributive equating of access to these same courts." (GABBAY, Daniela Monteiro ; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, M. C. A.. **Why the haves come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the Brazilian litigation setting**. SSRN Electronic Journals: The English & Commonwealth Law Abstracts Journal, v. 1, 2016, p. 23).

CAPÍTULO V - O SURGIMENTO DE UM NOVO MODELO DECISÓRIO DO JUIZ CONSTITUCIONAL

1. A jurisdição não se encerra com a decisão

O ativismo judicial é um fenômeno deveras complexo que tem lugar nas discussões mais atuais, internacionalmente, sobre as consequências decorrentes do fortalecimento das jurisdições constitucionais, sendo estas, por sua vez, decorrentes do constitucionalismo, que reconheceu e integrou direitos fundamentais nos textos das constituições, compondo seu núcleo mais importante.

Deste modo, é de fundamental importância situar o ativismo jurídico em seu devido contexto de formação, que é o de uma ruptura com determinado modo de se conceber as relações sociais, o que requer um novo paradigma capaz de oferecer melhores compreensões do que levou a esta quebra e o que se almeja com a instituição de um novo modelo de relações sociais, englobando aí todas as questões políticas, jurídicas, econômicas, culturais, enfim, tudo o que diz respeito à vida em sociedade.

Desde o começo do presente trabalho procuramos deixar claro que o mesmo não tem como questão principal uma análise descritiva ou comparativa do que se entende na doutrina por ativismo judicial, nem mesmo a intenção de propor uma definição para este termo tão vago e multifacetado, de modo a esclarecer de uma vez por todas o que este seria. Ou seja, não se trata aqui, em definitivo, de se buscar definir a expressão ativismo judicial.

Isto não quer dizer, todavia, que a discussão acerca do ativismo judicial nos seja indiferente. Muito pelo contrário, buscamos desde o princípio mostrar quão fundamental é esta discussão, tanto para se compreender melhor o fenômeno em questão quanto o próprio direito e, ademais, também para se aprofundar as discussões a respeito da democracia e dos direitos fundamentais, o que se afigura impossível fora deste contexto em que o ativismo judicial é um dos principais conceitos a ser abordado e melhor compreendido.

Na busca de uma melhor compreensão do tema, apenas, se buscou dialogar com algumas concepções sobre o ativismo judicial, sem a pretensão de concordar ou repudiar qualquer uma delas, posto que a complexidade do tema não permite tratamento tão

superficial. Assim, o intuito foi mais o de, primeiramente, mostrar esta complexidade e, então, a partir da problematização feita, *propor uma interpretação própria a respeito da decisão judicial* – especialmente em sede de jurisdição constitucional, vale dizer, quando se trata de implementar direitos fundamentais – *propondo novos limites para esta, o que acaba por importar mesmo em uma nova caracterização da decisão judicial*.

Importante ressaltar que a tese também não se arvora na discussão propriamente dita sobre as teorias da decisão judicial, oferecendo-se como uma nova teoria dentre as tantas já existentes. Procuramos manter um diálogo estreito com algumas das teorias existentes, mas com o fulcro de iluminar uma questão que é anterior à abordagem e ao objeto destas, e que pretendemos mostrar ser também anterior, ontologicamente falando, a qualquer posicionamento a respeito do ativismo jurídico, que é a discussão a respeito da democracia.

Desde esse prisma que se vem tentando desenvolver, que não exclui as discussões perpetradas no âmbito das teorias da decisão judicial, mas antes lhe é complementar, o foco em relação à preocupação democrática não diz respeito ao conteúdo da decisão – à possibilidade de se poder avalia-lo quanto à sua correção, isto é, adequação à constituição –, mas sim ao espaço, ao lócus dessa decisão, ou melhor dizendo, não só o espaço em que a decisão deve ser tomada, mas ao espaço que a decisão deve proporcionar, para mostrar-se correta, o que quer dizer, democrática.

É necessário pontuar aqui, mais uma vez, uma prévia noção de como concebemos o ativismo judicial, para podermos prosseguir na proposta da tese. Entendemos por ativismo não a postura do jurista enquanto intérprete da constituição, mas sim um fenômeno decorrente de um novo paradigma em termos de organização e estrutura das relações sociais em que questões até então consideradas políticas passam a ser cada vez mais deslocadas para o âmbito da jurisdição constitucional. Portanto, entendemos o ativismo judicial pelo prisma da abertura que este requer no que tange à atuação da jurisdição constitucional, e não pelo prisma de seus limites, já que estes, por mais que sejam importantes de serem pensados e discutidos, são condicionados pela compreensão da primeira.

Há de se destacar outro ponto importante, que é o fato de que, neste empreendimento, pressupomos que a jurisdição constitucional, especialmente em países como o nosso, em que se observa um grande déficit de implementação de direitos fundamentais, requer uma

compreensão da constituição como tendo um conteúdo substancial que necessita ser observado e norteador de todo o processo interpretativo do direito. Ou seja, que a constituição deve ser encarada desde uma postura substancialista e que esta compreensão deve condicionar todo o processo de compreensão e aplicação do direito, o qual somente pode se desenvolver à luz da constituição²⁵⁵.

Outrossim, é crucial que se leve a sério a proposta da força normativa da constituição, em que esta deve ser condição de possibilidade não apenas de todos os atos jurídicos, mas de tudo o que se faz na esfera pública, limitando e condicionando todo o aparato estatal e até mesmo os particulares no âmbito de suas ações em relação aos demais e à sociedade como um todo. É crucial que se leve a sério a ideia de constituição dirigente, que realmente seja o referencial máximo e comum para todas as ações em sociedade, como fito de poder intervir nesta de modo significativo e promover as mudanças de que ela carece.

Advogar contra a tese da constituição dirigente pode até fazer sentido em países onde isto já ocorreu, tendo levado a um excesso da atuação e intervenção do Estado em áreas sensíveis e pouco favoráveis a isso, especialmente a economia. Mas não se pode negar que foi esta atuação a grande responsável pela conquista, nesses lugares, de direitos fundamentais para uma parcela significativa da população.

A nossa realidade político-social é outra, completamente diferente, e acatar essa tese mostra-se extremamente prejudicial, porque além de não promover uma adequada mudança paradigmática na conformação política e social, de modo a propiciar uma jurisdição constitucional efetiva, ainda faz com que o Estado, restando inerte em todas as esferas e, também, no judiciário, apresente-se como cada vez mais ineficiente e incapaz de garantir e proteger direitos fundamentais, o que gera um ciclo vicioso em que quanto menos se age – de forma efetiva e generalizada, com algumas poucas ações isoladas –, mais as coisas pioram e mais se atribui os problemas sociais ao próprio Estado – seja devido à falta ou excesso, para

²⁵⁵ Como adverte Lenio Streck, falando sobre a necessidade de um texto jurídico estar em conformidade com a Constituição para que seja considerado válido, “a aferição desta conformidade exige uma pré-compreensão (Vorverständnis) acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença ‘facticidade-historicidade do intérprete e Constituição – texto infraconstitucional’. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(1): 65-77, janeiro-junho 2009, pg. 72.

alguns, de suas ações – de modo que a confiança neste somente decai. Assim, blinda-se a realização do paradigma de uma constituição substancialista e dirigente, sendo ela vista com mais desconfiança ou descrença que com seriedade e honestidade.²⁵⁶

Há que se reconhecer o fato de que o Estado Democrático de Direito, institucionalizado na forma de constituições com alto grau de valorações e princípios que incorporam no texto constitucional os direitos humanos fundamentais, deve ser o vetor de racionalidade para qualquer (pré)compreensão e interpretação do direito. Este deve se constituir como pedra de toque de todo o arcabouço político-jurídico do Estado. Nesse sentido, destaca Lenio Streck que:

Enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (efeito hermenêutico), **a legitimidade** de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade **do agir legítimo** de uma instância encarregada até mesmo – no limite – de viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão, constituindo-se em remédio (às vezes amargo, mas necessário) contra a atuação das maiorias.²⁵⁷
(grifos nossos)

O que está por trás, portanto, da imposição constitucional de se efetivar direitos fundamentais é o constitucionalismo, o qual assume atualmente sua forma política como Estado Democrático de Direito, o qual pode ser concebido como um estágio posterior ao do modelo de Estado social, o que não significa que este seja simplesmente negado pelo primeiro. Antes, o Estado Democrático de Direito tem por escopo aprimorar as conquistas propiciadas pelo Estado de bem-estar social, donde se entender que em países onde este foi efetivamente implementado a discussão gire mais em torno dos limites da atuação da jurisdição constitucional (procedimentalismo), enquanto que na hipótese contrária, como é o

²⁵⁶ Vale destacar aqui as palavras de Gilberto Bercovici: “A prática política e o contexto social têm favorecido uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. **Não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de funcionar enquanto documento legitimador do Estado.** Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado, seja enquanto poder político, seja enquanto implementador de políticas públicas.” (destaques nossos - in A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999, pg. 47).

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pg. 113-114.

nosso caso, o compromisso primeiro do Estado Democrático de Direito deve ser fazer com que os direitos fundamentais sociais sejam realmente garantidos e efetivados, que não figurem apenas como promessa constitucional.

Não basta, portanto, reconhecer que a noção de Estado Democrático de Direito deva ser o referencial máximo a partir do qual deve-se pautar toda e qualquer ação ou conduta que tenha dimensão ou relação com o espaço público, isto é, que afete as demais pessoas, indiferentemente de ser individual ou coletivamente.

Não é suficiente reconhecer que a Constituição, portanto, deve “constituir a ação”, especialmente em nosso país onde isso nunca se efetivou²⁵⁸, mas é necessário que a própria noção de democracia seja (re)discutida, pois esta vai condicionar a (pré)compreensão acerca da Constituição e, conseqüentemente, de toda interpretação jurídica.

Não se nega que a Constituição deva pautar toda possibilidade de compreensão e interpretação do direito, mas não basta dizer que uma interpretação, por estar de acordo com a Constituição, é conseqüentemente democrática, visto que, primeiro, em toda interpretação jurídica, atualmente, diz-se estar aplicando a Constituição e, segundo, porque isso demanda a (pré)compreensão de cada intérprete, inclusive do que seja a Constituição e isto tem ainda um nível anterior, que é sua (pré)compreensão acerca da democracia.

A questão remete, a nosso ver, à noção de legitimidade, pois é isto que, no fundo, está em jogo.

O próprio constitucionalismo se confunde com a busca constante pela necessidade de legitimação das ações e decisões estatais, donde esta preocupação sempre constituiu o pano de fundo da atuação das jurisdições constitucionais. Como salienta André Ramos Tavares,

²⁵⁸ Lenio Streck, falando sobre países de modernidade tardia, assim assevera: “Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a constituição como algo substantivo, porque contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos lato sensu) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isto, há que deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissário não está esgotado. A Constituição ainda deve ‘constituir-a-ação’, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto constitucional de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

É fato que esse questionamento tem acompanhado os juízes constitucionais desde sua origem. A polêmica se intensifica em algumas circunstâncias, como num movimento pendular que se renova constantemente, fazendo ressurgir a controvérsia entre Kelsen e Schmitt, ao menos como questão de princípio, especialmente quando ‘surge algum ativismo ou, inversamente, uma eventual fraqueza, dos respectivos Tribunais Constitucionais’.²⁵⁹

Desde a origem da jurisdição constitucional, resultante do embate entre Kelsen e Schmitt, como apontado acima, o que estava em jogo era a própria noção de democracia, a qual tem como ponto principal resolver ou estipular parâmetros e limites para as relações sociais, especialmente entre pessoas ou grupos que diverjam das ideologias ou crenças majoritárias, normalmente institucionalizadas no ordenamento jurídico posto pelo Estado. Importante destacar que,

"enquanto Kelsen entende que a tolerância, admitindo a convivência entre governo e oposição, maiorias e minorias, enseja a democracia, Schmitt vai afirmar que essa ‘neutralidade’ do Estado significará sua despolitização, indiferença e consequente esvaziamento de poder e conteúdo ético. Assiste razão a Kelsen. Só a tolerância para com as diferenças éticas pode descarregar o direito moderno e dar mais funcionalidade às normas não coercitivas de convivência social”.²⁶⁰

Dois pontos devem ser destacados a respeito deste embate que resultou na primeira formulação de uma Corte Constitucional. Primeiro que a jurisdição constitucional surge como uma instituição comprometida fundamentalmente com a defesa e promoção da democracia, o que pressupõe a inclusão de todos os indivíduos nas discussões públicas, isto é, capazes de participar efetivamente – ou, no mínimo, de não serem excluídos – da esfera política.

O segundo ponto é que, não tanto em seu projeto inicial, mas especialmente quando de seu desenvolvimento pós segunda guerra mundial, a jurisdição constitucional assume um papel de destaque, preponderante sobre os demais poderes do Estado, enquanto órgão responsável, em última instância, por garantir e implementar direitos fundamentais, como já se mostrou aqui exaustivamente. Mas o que se pretende frisar agora é a preocupação cada vez

²⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 60.

²⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140.

mais material e menos formal a respeito da democracia, além da crescente complexidade das relações sociais, que demandam do direito como um todo o papel de garantidor da (possibilidade de) mudança paradigmática que se coloca em processo desde o fim da segunda guerra e o advento do Estado Democrático de Direito.

Para melhor se desenvolver e aprofundar a compreensão do lugar, ou melhor, da função da jurisdição constitucional – para aí esclarecermos o que entendemos por ativismo judicial – na estrutura e organização do Estado Democrático de Direito, é necessário, antes, retomar outros pontos para aprofundar o pano de fundo de seu enquadramento, isto é, promover uma leitura de como se dão as relações sociais na sociedade complexa em que estamos inseridos.

De certo modo, esta questão perpassava todo o debate entre Kelsen e Schmitt, os quais reconheceram a crescente globalização das relações sociais, em que as relações entre Estado e cidadãos sofriam cada vez mais a influência de elementos externos, em que o avanço da tecnologia, especialmente no tocante aos meios de transportes e de comunicação, promoviam a largos passos o enfraquecimento da unidade estatal.

O enfraquecimento do laço entre o indivíduo e o Estado tem ensejo a partir da modernidade e, desde então, apenas faz aumentar a distância entre ambos, no sentido de que, passando o indivíduo a constituir a fundamento último do próprio Estado, este precisa ser cada vez mais limitado, mas, por outro lado tem como função manter o monopólio da jurisdição e, com isto, do uso (legítimo) da força, quase que se confundindo com o direito. É por isto que este, enquanto expressão daquele, terá como princípios básicos e diretrizes a ideia que se tem a respeito do Estado.

Para Schmitt o Estado deveria buscar o máximo de unidade e coesão social para não sucumbir frente ao novo modo de vida da modernidade que se alastrava por quase todo o globo. Ao contrário, Kelsen apostava na democracia, sem deixar de reconhecer a violência intrínseca à soberania do Estado, a qual deveria encontrar seu limite justamente no direito posto pelo próprio Estado.

Seguindo seu pensamento, Kelsen defendia que o direito, enquanto limite da atuação do Estado, deveria ser compreendido da maneira mais formalista possível, lembrando que sua preocupação era limitar a atuação especialmente do poder Executivo, que na teoria de Schmitt

colocava-se acima dos demais, de modo que seu chefe se encontrava acima do direito. Com a derrocada do nazismo e o fortalecimento da jurisdição constitucional, esta começou a ampliar o seu âmbito de atuação.

A razão disto é que o próprio direito já vinha se alargando e abarcando um número mais expressivo de situações e relações sociais, já que a partir da modernidade todas as ordens normativas de cunho religioso ou qualquer outro que não proveniente do Estado, foram perdendo espaço para o direito formalmente institucionalizado. O direito passa a ser o único legitimado a resolver os litígios e conflitos sociais, que tendem a crescer em quantidade e complexidade, uma vez que não só a ligação entre cidadãos e Estados perde em força, mas também a dos indivíduos entre si.

O surgimento de conflitos que apresentam um alto grau de dificuldade, numa sociedade, por sua vez, cada vez mais globalizada e dependente de soluções céleres, já que o desenvolvimento tecnológico acelerou o próprio modo de vida das pessoas, o que se nota, em relação à tradicional divisão dos poderes do Estado, “é uma sobrecarga dos órgãos encarregados das decisões concretas, mormente o poder judiciário e os diversos conselhos e comissões do executivo”.²⁶¹

Somando-se esta complexidade que compõe a condição de vida atual, pós-moderna, à necessidade de se reconhecer e implementar direitos fundamentais, que temos desenvolvido desde o começo do trabalho, o que se tem como resultado é em grande e multifacetado processo de globalização em que o modelo de Estado articulado sobre a noção de soberania vem se mostrando inepto para dar conta das atuais demandas sociais, em suas mais variadas searas.

É toda esta conjuntura que acreditamos fornecer a chave de leitura necessária para se compreender de modo mais profundo e corre possível a questão (por trás) do ativismo judicial. Este fenômeno deriva diretamente da relativização da concepção tradicional de soberania, a qual está intrinsecamente ligada tanto ao fenômeno de globalização quanto a própria compreensão que o indivíduo (pós)moderno tem acerca de si mesmo, de sua humanidade, a mesma que enseja a consagração dos direitos humanos fundamentais como fins últimos de toda a vida política.

²⁶¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

As relações sociais entre os indivíduos, englobando-se aí as políticas, econômicas, culturais e toda e qualquer forma de manifestação humana passam a ter uma relação totalmente nova com o Estado. Este, de ente responsável em última instância por chancelá-las e estabelecer seus limites, passa a ter suas ações limitadas por elas, que se dão de acordo com vínculos outros entre os indivíduos, que não passam necessariamente, e cada vez menos, pela intermediação do Estado-nação.²⁶²

O que estamos descrevendo é um modo de organização social, o qual não pode ser confundido com aquele que imperava no âmbito de desenvolvimento do modelo de Estado liberal, em que o Estado deveria se manter o mais distante possível das questões sociais, especialmente as de ordem econômica. É justamente a superação deste modelo, mas que também não significa uma ruptura total e abrupta com tudo que lhe é inerente. Se o modelo de Estado de bem-estar social surge para salvar o sistema capitalista que entrara em colapso, pelo prisma interno isto representou maior intervenção estatal, mas pelo prisma internacional isto resultou em mais globalização, maior circulação de pessoas, riquezas e relações tanto sociais quanto comerciais.

Todo esse conjunto de fatores leva à relativização da concepção de soberania, posto que entra em crise a noção tradicional de governo²⁶³. É somente a partir daí que fica patente o surgimento de um novo paradigma, que vai ganhando espaço mesmo à revelia de sua total compreensão, até porque sempre é necessário uma distância temporal para podermos melhor entender o que se passa com a sociedade em que estamos inseridos.

²⁶² “Produzem as ideologias tamanha solidariedade entre os indivíduos de países diferentes que acabam por estreitá-los num vínculo de consciência mais apertado que o laço de nacionalidade. Muitas vezes, contemporaneamente, diz Duverger, exprimindo essa mesma ideia, numa análise de surpreendente acuidade, indivíduos de Estados distintos atuam com mais compreensão e entendimento, à base de convicções políticas idênticas, do que tangidos por motivos de ordem pátria.” Mais à frente, complementa o autor sobre a questão da relativização da soberania: “Outro motivo que concorre fortemente para abater o princípio de soberania é a necessidade de criar uma ordem internacional, vindo essa ordem a ter um primado sobre a ordem nacional.” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 143).

²⁶³ Como anota Bonavides: “A mudança verdadeira só se opera quando entra em crise o conceito de governo empregado por Rousseau. (...) Diz Rousseau: “Chamo governo ou suprema administração o exercício legítimo do poder executivo e príncipe ou magistrado, o homem ou corpo incumbido dessa administração”, depois de haver firmado que o governo é “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil quanto política”. (...) Quando apareceu na linguagem dos modernos publicistas a nova classificação das formas de governo em governo parlamentar, governo presidencial e governo de assembleia, a concepção de governo, ainda imperante, era a mesma de Rousseau.” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 214).

Esta mudança paradigmática tem como uma de suas principais características o deslocamento da modelo formal e legalista de fundamentação e atuação do Estado – que teve seu último suspiro com Kelsen – para um modelo materialista, em que o legalismo deixa de ser uma defesa efetiva contra as arbitrariedades estatais e frente às desigualdades econômico-sociais e condições de vida miseráveis que se espalhavam por todo o mundo ocidental. Como afirma Bonavides:

Quando porém a questão de fundo veio a preponderar sobre a questão de forma, quando se passou do Estado liberal ao Estado social ou ao Estado socialista contemporâneo, quando o antagonismo ideológico sucedeu à calmaria do século XX, rompendo as estruturas liberais da sociedade burguesa, quando ao Estado neutro sucedeu o Estado intervencionista, quando os fins da ordem estatal cresceram e se multiplicaram, todo o formalismo antecedente entrou em crise e o conceito de governo, como simples braço executivo, como um poder à parte, meramente aplicador de leis, ingressou definitivamente no museu das ideias políticas, tängido por um imperativo histórico e social inelutável.²⁶⁴

A necessidade imposta de se buscar intervir diretamente nas questões reais, concretas da vida, de modo a se resolvê-las, abriu um espaço de atuação política, mesmo de intervenção política em âmbitos que até então não seriam aceitáveis. Por outro lado, essa mudança de preocupação, o deslocamento das questões teóricas acerca da estrutura estatal para a necessidade de realizar mudanças efetivas nas condições de vida e atender às demandas tanto sociais quanto econômicas não resultou, necessariamente em uma intervenção positiva em todos estes âmbitos.

No que diz respeito às necessidades e demandas sociais dos indivíduos, ou seja, no âmbito propriamente político, num primeiro momento, principalmente em países da tradição jurídica romano-canônico-germânica (ou *civil law*) o que se viu não foi o deslocamento direto da esfera de decisão para o âmbito do judiciário, sendo que isto somente aconteceu depois que os outros poderes arvoraram-se nesta nova conformação político-social, mas desde seus prismas tradicionais e, portanto, viciados e ineficientes.

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 214.

As discussões não cessavam e as mais variadas tentativas se ofereceram para dar conta da complexidade das questões que se apresentavam perante o Estado. Este se viu localizado num lugar paradoxal entre as exigências econômicas e as demandas sociais por implementação de direitos fundamentais que, por mais que não sejam necessariamente incompatíveis e contraditórias entre si, no mínimo exigem posturas diferentes do Estado, ao mesmo tempo em que compartilham uma limitação deste. O que acontece, na verdade, é que se perde qualquer parâmetro externo ao ser humano – isto é, de ordem transcendente – e que se apresenta de antemão para avaliar e julga suas ações e os limites destas.

A condição de possibilidade para qualquer avaliação, e mesmo para o conhecimento de tudo o que se apresenta, passa agora pelo próprio ser humano, e por isto suas aflições e problemas ganham cada vez mais um caráter pragmático. Não que deixe de existir na sociedade uma divisão entre governantes e governados, mas esta se apresenta em configurações totalmente novas. Os governantes não encontram mais a legitimação para sua atuação em uma ordem transcendente, de cunho teológico, mas nos resultados práticos derivados do exercício do poder e tomada de decisões.

2. O Poder Judiciário como fiscal da implementação dos efeitos decisórios

Isto faz com que o Estado, de modo geral passe a atuar desde essa perspectiva, sem que a necessidade de intervenção ou sua possibilidade tenha resultado em todos os lugares, consequentemente, na resolução dos problemas, sejam estes os do âmbito internacional, voltado mais para questões econômicas, sejam os problemas de cunho social, das demandas por implementação de direitos fundamentais.

Acontece que ambas as dimensões acabaram por se deslocar, por motivos diversos, aos poucos, para a esfera do Poder Judiciário, quer dizer, da jurisdição constitucional. Assim, já destacamos aqui que o ativismo judicial não é um fenômeno resultante da atuação da jurisdição constitucional na esfera de atuação dos demais poderes, mas do deslocamento para o judiciário de atribuições e demandas que exsurgiram em um novo paradigma social e que os

demais poderes não se mostraram capazes de resolver, de oferecer respostas minimamente satisfatórias de modo geral. De acordo com Bonavides,

"Quando os fatos impuseram essa modalidade nova de compreensão do governo vimos do mesmo passo o governo parlamentar caracterizar-se, por efeito dessa transformação, como governo de preponderância da assembleia; o governo presidencial transformar-se em governo de hegemonia do executivo e o governo convencional se converter num governo de confusão de poderes."²⁶⁵

O espaço intervencionista resultante da crescente complexidade das relações sociais levou a uma resposta antiquada do Estado, em que as décadas de luta por limitação e racionalização de poder acabaram por sofrer um retrocesso, e a situação de crise e insegurança que acompanha sempre paralelamente as mudanças sociais, acabaram por gerar uma (re)concentração de poder em alguns setores estatais e, até, em organismos internacionais que conseguiram suplantam o poder efetivo de decisão dos Estados em aspectos vitais da organização política, social e econômica.

A ideia de Estado que remonta ao início da modernidade e que tem sua expressão teórica em Hegel²⁶⁶, que Schmitt leva ao máximo na prática nazista, em que o mesmo representaria a totalidade da vida social de um determinado país mostra-se totalmente superada, frente à necessidade de sua adequação aos novos tempos. Isto requer a limitação de sua soberania²⁶⁷ no que tange ao comércio internacional, por um lado, e por outro em relação ao respeito aos direitos humanos fundamentais.

²⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 215.

²⁶⁶ Nas palavras de Hegel, expressando-se sobre as relações internacionais: "Porque os Estados, em sua situação recíproca de independência, são como vontades particulares, porque a validade dos tratados assenta nessas vontades, e porque a vontade particular de um todo é, em seu conteúdo, o bem desse todo, é esse bem que constitui a lei suprema do seu comportamento para com outrem, tanto mais que, por um lado, a ideia de Estado se caracteriza pela supressão do contraste entre direito, como liberdade abstrata, e o bem, como conteúdo particular realizado, e, por outro lado, o reconhecimento inicial dos Estados lhe é dado como totalidades concretas" (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 304-305).

²⁶⁷ O sentido tradicional de soberania, que se mostra totalmente antiquado aos tempos e problemas atuais é expresso exemplarmente por Bobbio, Matteucci e Pasquino: "Em sentido lato, o conceito político-jurídico de Soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, consequentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado. Este conceito está, pois, intimamente ligado ao de poder político: de fato, a Soberania

Por óbvio que esta limitação da soberania do Estado, tendo raízes diferentes, exigem dele tipos diferentes de atuação, mas podem nos ajudar a vislumbrar e compreender melhor o grau de complexidade destas, de sua atuação e seus compromissos nesta nova ordem de coisas.

Vamos discorrer sucintamente sobre esta problemática desde estes dois prismas, para que se possa explicitar melhor o argumento, começando pela discussão em sede de globalização das relações sociais e, principalmente, de cunho econômico²⁶⁸. O que se tem é o desenvolvimento de um comércio internacional privado, cada vez mais sólido e que não para de expandir, em que os conflitos resultantes das relações entre particulares, apesar de serem discutidas no âmbito do direito internacional privado, acabam por sofrer influências e restrições dos ordenamentos jurídicos ínsitos aos Estados, gerando grave insegurança jurídica.

O direito internacional privado constitui-se basicamente pelo conflito de leis no espaço, em que se faz necessário buscar regras capazes de apontar qual a jurisdição nacional competente para aplicar determinado direito nacional. Acontece que essa busca de soluções deve passar pela questão da soberania dos Estados, a qual lhes concede o poder de autor-regulamentar suas questões domésticas.

pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido de transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. Obviamente, são diferentes as formas de caracterização da Soberania, de acordo com as diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história humana: em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, mesmo que, na prática, esta autoridade se explicita ou venha a ser exercida de modos bastante diferentes”. (In.: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, pg. 1.179).

²⁶⁸ A conotação de globalização adotada, neste âmbito do comércio internacional, é a oferecida por José Eduardo Faria: “Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, **a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política**; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países, continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente interssetorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intrassetorial e intrafirmas; a “desnacionalização” dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos migratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial” (FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, pg. 59-60 - destaques nossos).

O resultado desta relação complexa em que as relações privadas ocorrem no âmbito internacional, mas que em caso de conflitos é necessário resolvê-las aplicando um determinado ordenamento jurídico estatal, é que cada Estado acaba por regulamentar, em última instância, como o acoplamento das diretivas internacionais com sua própria ordem jurídica deve ocorrer.

Isto faz com que o direito internacional privado se encontre em um “estado aflitivo”, no qual impera a insegurança jurídica, pois os particulares nunca sabem, com um grau razoável de precisão, qual ordenamento jurídico servirá de subsídio para a solução da demanda, abrindo espaço para decisões diferentes, até mesmo contraditórias entre si, para casos iguais ou semelhantes.²⁶⁹

Segundo René David, portanto:

"Uma das principais tarefas dos juristas da nossa época é terminar com esta anarquia; num mundo em que as relações internacionais tomam uma extensão e adquirem uma frequência crescente de ano para ano, **importa conferir uma base segura a estas relações**. Deve ser obtido um consenso entre os diversos países para que, por toda a parte, seja aplicado a uma dada relação o mesmo direito nacional. **Os Estados devem elaborar e aceitar, na matéria, soluções uniformes**. Devem ser feitas convenções internacionais, e mesmo na ausência de tais convenções, a jurisprudência deve, em cada país, levar em consideração, quando se estabelece uma regra de conflito, a maneira como o problema foi resolvido pela lei ou jurisprudência nos outros países."²⁷⁰ (destaques nossos)

Alguns pontos merecem especial destaque. Primeiramente o fato de que o autor referido não apresenta como solução do problema identificado a criação de um direito de caráter supranacional, que contenha uma instância acima da soberania dos países, a qual poderia força-los a obedecer um direito comum. Muito pelo contrário, trata-se mais de *reconhecer a inevitabilidade do exercício da soberania por parte dos Estados* e, assim, propor que tal reconhecimento enseje uma abertura para o diálogo internacional, donde uma metodologia pautada expressamente pelo desenvolvimento do direito comparado poderia

²⁶⁹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pg. 9-11.

²⁷⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pg. 11.

fornecer uma base metodológica apropriada para se vencer o problema da insegurança jurídica.

Mas a questão não é tão simples quanto pode parecer à primeira vista, já que a tensão existente entre os Estados e o comércio internacional não se resolve de modo correto simplesmente por decorrer do diálogo entre estas esferas, até porque, como já se evidenciou no capítulo precedente a respeito da relação entre jurisdições constitucionais estrangeiras, este “diálogo” pode não passar de mero exercício retórico. Além do mais, Eros Roberto Grau aponta para o risco, sempre existente, da solução desta tensão descambar para a ocorrência de uma “semissoberania” ou de uma “hipersoberania”, em que no primeiro caso a soberania estatal vê-se solapada pelos interesses econômicos do mercado globalizado, enquanto que na segunda dá-se o contrário, sofrendo este comércio com um exercício excessivo da soberania estatal.²⁷¹

Kelsen, discursando a respeito do direito internacional público, isto é sobre a relação dos Estados entre si, destaca algo que pode se aplicar analogamente ao problema aqui identificado do direito internacional privado, além de oferecer melhor compreensão do tema:

"O Direito internacional, que do ponto de vista do primado da ordem jurídica estadual – ou da soberania do Estado – apenas vale na medida em que um Estado o reconhece como vinculante em relação a si, surge, por conseguinte, não como uma ordem jurídica supraestadual, e também não como uma ordem jurídica independente da própria ordem estadual, isolada em face desta, mas – na medida em que seja Direito – como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual. Tem-se-lhe chamado ‘Direito estadual externo’, partindo da suposição de que regula as relações do Estado com o ‘exterior’, as suas relações com outros Estados".²⁷² (destaques nossos)

O que se pode destacar é que, no âmbito internacional, isto é, de relação entre o Estado soberano e uma ordem que lhe é externa, o modo como o primeiro concebe sua relação com a segunda depende antes de tudo de uma decisão sobre sua soberania, que sendo esta fundamental, porque é a partir desta decisão primeva – e muitas vezes mais inconsciente que

²⁷¹ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2005, pg. 277.

²⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pg. 373.

consciente – é que se vai derivar a relação de equilíbrio ou hierarquia entre as ordens em questão. Não basta que se crie normas que apontem para qual ordenamento deve prevalecer, posto que estas, como todas as normas, demandarão interpretação e aquelas muitas vezes tendem a se mostrar insuficientes ante os casos concretos.

Algo que não pode ser esquecido é que, além do contexto sistemático da norma, outra causa constantemente apontada para as diferenças na aplicação é o contexto sociocultural do aplicador. **De fato, é impossível afastar todas as influências na compreensão do direito e da sociedade que são próprias do julgador** – qualquer determinação neste sentido se assemelharia à tentativa de revogar por decreto as leis da Física ou da Economia (...). **Entretanto, é exatamente a constatação da impossibilidade de que o processo de compreensão das normas e de seu conteúdo seja alterável por uma disposição geral que abre as portas para soluções possíveis e que podem ter alguma eficiência.**²⁷³ (destaques nossos)

A lição que devemos depreender desta problematização é que as questões colocadas pelo direitos internacional privado são questões, conflitos decorrentes de relações sociais altamente complexas, oriundas de uma sociedade cada vez mais global e complexa, mas que, por ser um fenômeno extremamente recente na história da humanidade acaba por ser mal compreendido e, pior ainda, tende a ser enfrentado às vezes até com novos instrumentos e institutos, mas desde velhos paradigmas e projeções sobre o que é a sociedade e, nesta o papel e função do Estado.

Devemos aprofundar um pouco mais esta problematização, voltando para a questão que constitui um dos pressupostos básicos da presente tese: o reconhecimento dos direitos fundamentais na ordem constitucional e, principalmente, do compromisso disso resultante de se buscar sua plena efetivação, proporcionando alcançar as mudanças necessárias e satisfazer os anseios sociais legítimos dos cidadãos.

Quanto a esta questão, vale ressaltar tudo o que já foi considerado anteriormente no decorrer do trabalho, especialmente no que diz respeito ao deslocamento que esta nova conformação político-social propiciou para o judiciário de questões anteriormente restritas à esfera política. Não só mostramos o desenvolvimento deste novo paradigma que remonta ao

²⁷³ COSTA, José Augusto Fontoura. **Aplicação uniforme do direito uniforme**. Tese (USP-FD: SP, 1998), pg. 70.

fenômeno do constitucionalismo, como várias das questões nele discutidas, fundamentando a necessidade de se levar a sério a tese da constituição dirigente e uma postura substancialista em relação a esta.²⁷⁴

Mostramos como o ativismo judicial não pode simplesmente ser considerado como uma postura negativa do indivíduo ou órgão responsável por proferir uma decisão em sede de jurisdição constitucional, mas, antes, é resultado do próprio pacto constitucional e, também, de uma sociedade globalizada e complexa, em que se transforma radicalmente a compreensão do ser humano a respeito de si mesmo e, conseqüentemente, alteram-se as relações sociais de modo profundo.

Com o declínio do pensamento transcendente o vetor de racionalidade e as possibilidades de fundamentação e justificação do mundo e de tudo que nele acontece passam a ter caráter mais pragmático, mais concreto, voltado para a realidade e a necessidade de se intervir nesta, para mudar efetivamente as condições de vida das pessoas, em que uma preocupação de fundo humanista vem ganhando espaços cada vez maiores. Este é o espaço que não pode ser mais ocupado por nenhum soberano à moda antiga, mas que se abre para posturas ativas, para propostas concretas e compromissadas com este novo paradigma. Este é, portanto, o espaço – e, neste sentido, pode-se até mesmo dizer – a “essência” do ativismo judicial.

Invariavelmente este espaço será ocupado, invariavelmente as ações e decisões que dizem respeito à vida em comum precisam ser explicadas, fundamentadas, justificadas para que tenham um mínimo de legitimidade. Muito antes de se indicar qual o caminho capaz de oferecer as respostas legítimas – pressupondo já de antemão que há um só caminho, ou que há caminho ou não – é preciso que se desobstrua este espaço, este lugar a partir do qual se toma decisões, para mostrar que ele, numa sociedade extremamente complexa e plural, se comprometida com a democracia, não pode ser ocupado de antemão.

²⁷⁴ Nunca é demais destacar que: "Perante uma constituição dirigente, ao Judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade. Reclama-se dele postura diversa da tradicional espera inerte. A dimensão cidadã do juiz impõe limites à inércia processual. Para melhorar a instituição e para fazer justiça não precisa a todos os momentos ser despertado da letargia. A ordem fundante impõe-lhe, queira ou não, um protagonismo essencial." NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 325.

É por isto que, apesar do anseio por segurança, algo que também parece ser “natural” do ser humano, esta não mais pode ser encarada como antigamente, ficando à cargo do Estado, especialmente na figura do soberano. Não se pode conceber antes dos casos concretos, senão de forma violenta e arbitrária, respostas para os mesmos, lastreadas em ordenamentos jurídicos que não tenham que passar pelo crivo da realidade social e, mais ainda, por uma filtragem hermenêutica a fim de privilegiar, em qualquer decisão ou ação estatal ou de caráter público, o respeito total e irrestrito aos direitos humanos fundamentais.

É nesta perspectiva que Willis Santiago Guerra Filho propõe sua noção procedimental da Constituição²⁷⁵, em que esta deve pautar toda e qualquer interpretação jurídica, mas não como se ela pudesse trazer já, “em si”, as respostas que simplesmente possam ser subsumidas aos casos concretos. A Constituição deve ser o centro deste novo espaço de decisão, em que todas elas devem passar por uma leitura e (pré)compreensão da mesma – o que engloba também uma (pré)compreensão a respeito da democracia e do Estado – para que as respostas sejam assim, a partir daí, construídas. Em palavras suas e de Henrique Garbellini Carnio:

"Essa concepção procedimental da Constituição mostra-se adequada a uma época como a nossa, apelidada já de ‘pós-moderna’, em que caem em descrédito as ‘grandes narrativas’, legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular ‘saber para prever, prever para poder’. **Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o Direito**, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma Constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontram argumentos num passado, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário, como aponta Niklas Luhmann, a partir da instituição das Constituições, culminando o processo de positivação do Direito, **dá-se uma ‘abertura para o futuro’** (Zukunftsöffnung) na forma de ele legitimar-se, pois passa a ‘prever as condições de sua própria modificabilidade e isso, juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais’".²⁷⁶ (destaques nossos)

²⁷⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 6ed. São Paulo: SRS, 2009, p. 242.

²⁷⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Teoria da Ciência Jurídica. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181-182.

Primeiramente, mister destacar que esta abertura para o futuro na forma de regras procedimentais não quer dizer, simplesmente, que se adota uma postura substancialista, mas mais esta inversão de perspectiva, em que tais regras procedimentais podem trazer, e normalmente trazem, valorações e compromissos substanciais, basicamente institucionalizados na forma de princípios, que são os direitos fundamentais.²⁷⁷

É necessário que esta nova configuração seja compreendida em todos os seus pormenores e complexidades, para que os intérpretes, especialmente os juízes, possam se comprometer de forma séria a ajustada à magnitude da função que lhes é exigida. Como já ressaltamos acima, o juiz que declina de aplicar e implementar direitos fundamentais age de maneira tão política quanto o que age de modo contrário, mas enquanto este o faz à luz da Constituição, o primeiro o faz à sua revelia. Ambos são, de certa forma, “ativistas”, não devido ao conteúdo de suas decisões, mas porque a elas é intrínseco, na atual configuração do espaço público, uma relação íntima entre direito e política.

Se ambos, portanto, agem de forma “ativista”, o que é a própria condição de se decidir desde o prisma do constitucionalismo, parece-nos que o principal critério para se aferir qual decisão é correta e qual não o é – ou qual é melhor – deve ser um critério que ultrapasse uma compreensão formalista e retrógrada do direito, pautado na efetivação, no caso concreto, de direitos fundamentais. O protagonismo do juiz, ou melhor, do judiciário, da jurisdição constitucional, é irreversível, mas a qualidade deste protagonismo depende de se tomar consciência disto. Assim:

Para exercer o protagonismo saudável, o juiz precisa de imersão ética na realidade e de imersão psicológica na revalorização do pacto fundante. (...) o Poder Judiciário (...) precisa honrar o seu papel de controlador não só da legalidade, mas da legitimidade democrática. A metástase do tecido político deve ser neutralizada por um desempenho proativo de cada juiz brasileiro.

²⁷⁷ Como expõe José Renato Nalini: "Na abalizada lição do Min. Carlos Ayres Britto, criou-se: '(...) o clima constitucional propiciador da dicotomia básica princípios/regras (ou princípios/preceitos) e o fato é que, à sua dignidade forma a Constituição adicionou uma dignidade material. E assim recamada de princípios que são valores dignificantes de todo o Direito é que ela passou a ocupar a centralidade do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os princípios passaram a ocupar a centralidade da Constituição. Estrada de mão dupla, pois o fato é que o reconhecimento da força normativa dos princípios coincide com o reconhecimento da força normativa da Constituição, num crescendo que chega à superforça de ambas as categorias.' Tal compreensão, traduzível como verdadeira sapiência, propiciará ao juiz convencer-se de quão superada se encontra a doutrina clássica das normas constitucionais programáticas. Foram assim chamadas aquelas equivalentes a meras exortações morais. As normas diretivas têm hoje valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos demais preceitos constitucionais." NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 335-336.

Ativismo ético, não necessariamente ativismo político. Sem contrariar aqueles que hesitam relegar a ortodoxia positivista e não reconhecem a era pós-positivista em que se deve esperar o inesperado. Alicerçado sobre o positivismo, tem o juiz brasileiro uma Constituição que o legitima a transformar a realidade fática. O pacto vigente o qualifica na condição de agente de poder. Faz mais: confere-lhe o monopólio da decisão judicial. Titulariza-o controlador da pugna civilizada por justiça. Torna o juiz responsável direto pela edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária. O garante das promessas do formulador da grande aliança fundante. **É o constituinte, portanto, que arremessa o juiz a assumir esse novo compromisso. Empurra-o a um saudável protagonismo. Sem heroísmos estéreis ou medieval quixotismo, o juiz se sente vocacionado a implementar as mensagens normativas da Constituição.** Constituição repleta de valores que só poderão ser concretizados mediante o ativismo judicial.²⁷⁸ (destaques nossos)

Há um compromisso constitucional de se buscar defender e implementar direitos fundamentais, compromisso este que deve ser honrado pelo Estado como um todo, não estando dispensado dele nenhum de seus órgãos ou poderes. Destarte, uma vez que tal comprometimento mostra-se como condição de possibilidade para a realização de uma sociedade minimamente democrática, o principal é que tal seja realmente, efetivamente cumprido.

Esta necessidade, que coloca todo o Estado em uma postura ativista, é que vai ensejar o deslocamento destas problematizações para o poder judiciário, restando a este um papel de destaque frente aos demais na tarefa de se fazer cumprir as promessas constitucionais a partir da implementação de direitos fundamentais. Isto não se dá, todavia, somente porque os outros poderes são inertes e incapazes de cumprir com tais obrigações. Fosse assim e em países nos quais o Estado de bem-estar social se viu já implementado não observaríamos, também como aqui, uma proeminência da jurisdição constitucional²⁷⁹.

Isto que temos designado como um novo paradigma, em que as relações sociais assumem formas complexas e altamente voláteis, acaba por “naturalmente” promover o

²⁷⁸ NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 349.

²⁷⁹ Mesmo em países em que esteja mais em alta a defesa de posturas procedimentais, em detrimento das substancialistas, a Constituição não deixa de assumir a função de ser a referência máxima para todas as ações que tenham caráter público, levando a questionamentos diferentes frente à jurisdição constitucional, especialmente quanto à sua metodologia, mas não no sentido de se questionar sua legitimidade enquanto instância privilegiada.

deslocamento do debate para o âmbito da jurisdição constitucional. Isto se dá porque, na ausência de qualquer ordem pressuposta de coisas, em que a legitimação última do Estado remonta em sua capacidade efetiva de implementar direitos fundamentais, todos os seus órgãos desenvolver-se-ão nesta direção.

Ocorre que a atuação do Estado, assim como no âmbito jurisdicional, é mediada por seres humanos, os quais são finitos e limitados, tendo suas ações condicionadas por suas (pré)compreensões. Isto já foi desenvolvido anteriormente, donde mostramos ser o ativismo judicial um fenômeno decorrente deste novo arranjo institucional das sociedades complexas. O que interessa agora frisar é que esta tarefa, tão difícil quanto complexa, acaba por gerar conflitos e inseguranças mesmo onde se percebe apenas boas intenções e posturas compromissadas com a ética e a defesa da dignidade da pessoa humana.

A jurisdição constitucional coloca-se como o lugar ou espaço necessário e privilegiado a partir do qual, tendo-se a Constituição como centro dos sistemas político e jurídico, todos os poderes e órgãos do Estado, assim como entes particulares e coletivos, podem pautar suas condutas, desde suas perspectivas limitadas e condicionadas, pela busca de um diálogo institucionalizado com os demais. Diálogo este que deve estar aos auspícios de uma Corte Constitucional ou órgão que desempenhe função análoga, isto é, decidir em última instância, no âmbito interno, a respeito da interpretação constitucional.

Disto decorre o papel fundamental desempenhado por qualquer magistrado em se tratando de processo constitucional, que é o de zelar por esta nova configuração político-social, *ocupando* – de modo ativista, portanto – o lugar que antes estivera à cargo do soberano. Mas não no sentido de colocar-se como um novo soberano, que tem a palavra que pode ser imposta sobre todas as demais. Muito pelo contrário, o juiz constitucional tem apenas a função estrutural de proferir a “última” interpretação, a qual deve se dar num contexto de diálogo e ser sempre passível de revisão e questionamentos.

Esta nova configuração do plano político-jurídico de organização e estrutura estatal não descarta, de modo algum, a função da soberania do Estado, apenas faz com que esta tenha que se adequar ao novo paradigma, aos novos parâmetros de se buscar sempre promover os direitos humanos fundamentais. Por mais que o Estado se veja limitado no exercício de sua

soberania, tanto no âmbito interno quanto no internacional, isto não permite dizer que o mesmo não seja mais necessário na intermediação das questões políticas.²⁸⁰

E é justamente porque sempre será necessário que se aja, é imprescindível que estas ações possam ser questionadas, avaliadas e, também, que busquem ser compatibilizadas entre si, constituindo o referencial para tudo isto o reconhecimento dos direitos fundamentais e o comprometimento com sua implementação. Isto é tão forte que, nas ciências políticas, por exemplo, uma longa tradição a respeito das formas de governo, totalmente dependente do pensamento formalista oriundo da modernidade e da ideologia liberal, acaba por reconhecer um critério que se destaca na classificação das formas de governos,

"em que estas, ou abrangem os governos de modo acima enunciado, onde a questão de fundo sobreleva a questão de forma, ditando as alterações vistas nas relações entre os poderes, ou, atendendo ainda à inspiração dos princípios fundamentais que regem a organização do poder político, reduziríamos todas as formas de governo a duas modalidades básicas: governos pelo consentimento ou governos pela coação, governos limitados ou governos absolutos, governos livres ou governos totalitários, governos da liberdade ou governos da ditadura".²⁸¹

Não se pode olvidar da importância das discussões teóricas, especialmente no direito, onde se tem uma tradição milenar neste sentido, mas os tempos atuais não permitem que tais discussões se percam em devaneios meramente abstratos, sem conexão com a realidade e, principalmente, com os problemas concretos que assolam as pessoas e forjam simulacros de democracia, onde textos constitucionais prometem direitos fundamentais que nunca são implementados efetivamente.

²⁸⁰ "Em primeiro lugar, a evidência de que ainda que o postulado da soberania estatal não constitua um dogma, não pode ser levemente abandonada, devido a razões de ordem social, política e jurídica. O Estado é instância indispensável de mediação pública, interna e externa, e de garantia dos direitos humanos; o espaço público (assegurado no Estado) e a cidadania (conferida pelo Estado) são condições imprescindíveis para o desenvolvimento e a segurança das sociedades humanas. Em segundo lugar, que o problema do Estado, no início do século XXI, está em assegurar essas condições, seja devido ao exacerbamento, supressão ou erosão da soberania estatal. Permanece atuante, portanto, o postulado de que a unidade do poder estatal é instrumento hábil à função de proteção que se espera do poder político". (CASELLA, P. B. et al. (orgs.), **Direito internacional, humanismo e globalidade**: G. F. S. SOARES Amicorum discipulorum liber, São Paulo: Atlas, 2008, p. 487).

²⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 215.

É por isto que toda e qualquer discussão que envolva questões sensíveis no que tange à organização e estrutura político-jurídica da sociedade devem ser conduzidas de modo a não se perderem do compromisso primevo, imposto constitucionalmente, com os direitos fundamentais. A Constituição deve ser o centro deste debate, que não pode ser sequestrado por nenhum órgão ou poder estatal, mas deve contar com a integração de todos, inclusive com a participação dos cidadãos, seja indiretamente por eles representados, seja participando diretamente, via controle difuso de constitucionalidade, por exemplo.

A principal função do ativismo judicial inerente à jurisdição constitucional é zelar e fomentar este debate, único meio de se cumprir com as promessas da Constituição e superar as tentativas não exitosas do projeto de democracia representativa, incapaz de promover tal integração e que, ainda por cima, acaba por funcionar atualmente como simulação de espaços democráticos.

Propõe-se, nesta tese, que a possibilidade de se auferir êxito nesta proposta de alcançar uma democracia real, plena e efetiva somente é possível a partir do fomento da jurisdição constitucional, em que se pode promover a busca incessante de conformação de um espaço político e de relações sociais pautado pelo que podemos chamar de *diálogo constitucional*²⁸², isto é, diálogo das instituições entre si e destas com os cidadãos que encontra sua legitimidade no fato de sempre ser desenvolvido sobre o pano de fundo da Constituição e, principalmente, por jamais poder chegar a termo. Um diálogo constitucional deve se colocar sempre como uma possibilidade, como abertura, apesar de reclamar decisões concretas.

Este diálogo constitucional tem, de outro lado, que estender a concepção de Peter Häberle de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Para este autor:

²⁸² Diálogo este pautado pela noção de Constituição aberta como descrito por Bonavides: “A Constituição aberta levanta, entre outras coisas, a questão medular da validade da democracia representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista. (...) Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, a velha democracia representativa já se nos afigura em grande parte perempta, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três Poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo.” (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 9-10.)

"O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (...). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. (...) Se se quiser, **tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.** Portanto, **é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo** e sem as potências públicas mencionadas.²⁸³ (grifos nossos)

No fundo, esta necessidade de se propiciar a participação ativa e efetiva do cidadão nas tomadas de decisão políticas confunde-se com o próprio fenômeno do constitucionalismo, por nós aceito de forma ampla como a busca incessante de limitação e racionalização do exercício do poder. Neste ponto, podemos perceber um ponto em comum em relação às posturas substancialistas e procedimentalistas no que tange à compreensão de como interpretar ou aplicar a Constituição. Este ponto é justamente o compromisso com a democracia e a necessidade de municiar o cidadão com os instrumentos necessários para sua participação direta e efetiva.

Faz sentido, portanto, o fato de as teorias procedimentalistas, em regra, sucederem as substancialistas, ou desenvolverem-se em países onde a implementação de direitos fundamentais operou-se de forma minimamente razoável. O que se quer dizer é que, para que o cidadão possa realmente participar da vida pública, tornando esta democrática, antes de tudo deve ver implementados seus direitos humanos fundamentais, especialmente os de cunho social, de segunda dimensão.

E a implementação destes, mais que os de primeira dimensão, exige uma postura efetiva do Estado, a qual deve ter como parâmetro, independentemente do órgão que a realize, o cumprimento da Constituição, para não se arvorar em arbitrariedades. Enquanto a Constituição permanecer, com seu conteúdo substantivo, como referencial obrigatório a pautar as ações no âmbito público, a jurisdição constitucional, consequentemente, deverá ter um papel de destaque enquanto instância propiciadora desta implementação.

²⁸³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13-14.

Deste modo, em relação à postura do magistrado encarregado de conduzir o processo constitucional, ou podemos dizer, de zelar pelo *diálogo constitucional*, diz-nos André Ramos Tavares:

"Aliás, a própria ideia de ‘defensor da Constitucional’ é insuficiente para tratar da atuação atual do juiz constitucional que, para além de uma postura passiva, de operatividade apenas pós-violação constitucional, incute a ideia de uma atuação ativa (e ativista), na **plena realização constitucional, especialmente na concretização dos direitos fundamentais** e na leitura constitucionalmente conforme das demais regras jurídicas válidas e vigentes. A mudança assim promovida é, em certo sentido, radical e, justamente por isso, tem recebido, ainda hoje, repulsa de parte da doutrina e até de parte da magistratura. Isso se deve, em parte, à falta de percepção da mudança paradigmática e, em parte, pela resistência ‘natural’ que costuma se formar contra mudanças significativas no status quo, especialmente quando se impõe uma diversificação em estruturas já consolidadas no tempo".²⁸⁴

A plena realização constitucional somente pode ser alcançada quando da busca incessante pela implementação de direitos fundamentais concomitantemente com a necessidade de se possibilitar o máximo possível de participação real e efetiva dos cidadãos nas tomadas de decisões públicas, do processo político.

3. Um modelo decisional dialógico e aberto (ao invés de unilateral e fechado)

É neste contexto e dentro destas perspectivas que se desenvolve a jurisdição constitucional, constituindo-se no espaço propício para esta tarefa, através do fomento do que chamamos de diálogo constitucional.

O ativismo judicial é necessário para que este espaço permaneça sempre aberto, o que não quer dizer que o juiz constitucional não vá errar ou tomar decisões equivocadas²⁸⁵. Mas

²⁸⁴ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

²⁸⁵ Como adverte André Ramos Tavares: “Mas deve admitir-se que a defesa de uma atuação intransigente, global e exclusiva da Justiça Constitucional (juizes constitucionais diversos) no âmbito dos direitos fundamentais é democraticamente repulsiva. Casos haverá nos quais a atuação de um Tribunal Constitucional seria não apenas desastrosa mas também tecnicamente indesejável. Portanto, existem impedimentos que não podem ser afastados, mesmo numa construção teórica acerca do papel da Justiça Constitucional ativa e substantiva. Embora se possa admitir, pois, áreas de não intervenção do juiz constitucional, especialmente por opções realizadas pela própria

não é o teor ou conteúdo de sua decisão que a caracteriza como ativista ou não. Seu conteúdo pode ser avaliado como incorreto ou até arbitrário, e aí entra-se no âmbito mais propriamente da hermenêutica, o qual não se pode nem deve descartar, pois também de extrema importância nesta busca de uma sociedade democrática.

Entretanto, *este espaço de atuação do juiz constitucional, o exercício de sua atividade é, intrinsecamente, ativista, devido à função que lhe é reservada*. Defende-se, portanto, na presente tese, que o elemento fulcral do ativismo – e que constitui como condição de possibilidade de sua legitimidade – é o pleno desenvolvimento do diálogo constitucional, isto é, do fato de que as relações entre todos os setores da sociedade deverem ser marcadas por uma conformação das mais variadas e possíveis (pré)compreensões e interpretações constitucionais.

O juiz constitucional, portanto, tem como função principal a instituição deste espaço nas discussões concretas e o seu zelo no desenvolvimento do processo constitucional. Assim, *o fato de o juiz constitucional ser o responsável pela decisão última no caso sob análise não constitui a essência de sua atuação – ou seja, a essência do ativismo judicial –, mas mais uma imposição lógica do sistema e da estrutura constitucional, da jurisdição e da própria condição social que, perpassada de conflitos, requer que estes sejam resolvidos*.

Para mostrar que este espaço se constitui como algo inexorável ao desenvolvimento das sociedades complexas atuais, mostramos ao longo do trabalho vários casos paradigmáticos em que a atuação ativista dos juízes e tribunais constitucionais mostraram-se como únicos meios capazes para se implementar, ali, direitos fundamentais.

Mostramos também alguns instrumentos utilizados para se promover, no âmbito interno e internacional, o ativismo judicial que se coloca como uma realidade da qual não podemos nos afastar. Não houve em momento algum a pretensão de esgotar estes instrumentos, mas, muito pelo contrário, o intuito foi de demonstrar a inevitabilidade de se valer deles, assim como a impossibilidade de se taxá-los, postos que devem ser desenvolvidos

Constituição em análise (o que passa pela compreensão da cláusula da “separação de poderes”, de um desacordo moral razoável em torno de um mesmo direito fundamental e do contexto histórico), essa conclusão jamais será sustentável, em termos teóricos, se estiver em debate i) o controle tradicional da violação, pelo Estado, de direitos fundamentais; ii) a concretização implementadora de direitos fundamentais declarados pela Constituição.” (TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69).

não apenas de modo teórico, abstrato, mas sempre com o fim último de possibilitar a plena realização constitucional, vale dizer, de se implementar de modo efetivo os direitos fundamentais.

Importante ressaltar, nesta construção, a atenção dispensada à relação entre as jurisdições constitucionais estrangeiras, donde termos concluído que tendo o fenômeno do constitucionalismo o ponto em comum da busca constante de garantia dos direitos humanos fundamentais, um meio extremamente eficaz é o diálogo autêntico entre estas jurisdições. Note-se que este diálogo pode, também, ser encarado como um dos instrumentos do ativismo judicial, mas parece-nos essencial destacar seu valor metodológico e caráter quase que ontológico, posto que em ligação mais próxima com a noção aqui desenvolvida de *diálogo constitucional*.

Por fim, em reforço a tudo o que foi dito e defendido na presente tese, conclui-se que esta, através da concepção de diálogo constitucional, considerada como “essência” da jurisdição constitucional e como função máxima desta, alcançada através da abertura insita ao ativismo judicial, deve contribuir de modo ainda mais efetivo para a temática abordada.

Assim, fazendo uma analogia com o funcionamento das cortes internacionais de promoção e proteção de direitos humanos, em que estas buscam alcançar este objetivo basicamente através de julgamentos de casos em que há o desrespeito aos direitos humanos no âmbito dos países que estejam sob sua jurisdição, impondo-lhes sanções que visam tanto reparar os danos quanto evitar novos.

Sem adentrar nos modos de funcionamento destas cortes, cumpre ressaltar um ponto em específico, que é o fato de, normalmente, as cortes internacionais de direitos humanos acompanharem o cumprimento das sentenças em que os Estados tenham sido condenados.²⁸⁶

Isto é de extrema importância e nada empobrece tal atitude o fato de a corte internacional não ter jurisdição para poder impor ao Estado o cumprimento forçado das condenações que tenha incorrido. Tanto as condenações quanto seu acompanhamento

²⁸⁶ No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual nosso país está submetido, seu estatuto traz a seguinte prescrição: "Artigo 30. Relatório à Assembleia Geral da OEA. A Corte submeterá à Assembleia Geral da OEA, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. Indicará os casos em que um Estado não houver dado cumprimento a suas sentenças. Poderá submeter à Assembleia Geral da OEA proposições ou recomendações para o melhoramento do sistema interamericano de direitos humanos, no que diz respeito ao trabalho da Corte".

possuem um valor simbólico que não pode ser desconsiderado. Valor este atrelado às consequências e reações ao fato de o Estado continuar desrespeitando direitos humanos, mesmo depois de estar ciente da situação, permanecendo inerte.

Se trouxermos isto para o âmbito interno, da jurisdição constitucional – que no fundo, apesar de ser outro plano, tem a mesma preocupação fundamental: implementar e garantir os direitos mais básicos a que qualquer ser humano, no primeiro caso, e todos os cidadãos, no segundo, devem gozar – podemos vislumbrar que não basta reconhecer os direitos fundamentais se não se puder implementá-los de forma efetiva, ou pelo menos ter instrumentos e meios para acompanhar e cobrar sua implementação, com a vantagem de que no plano interno estes instrumentos, validados pelo monopólio da força pelo Estado, podem ser mais concretos que apenas simbólicos.

Além do mais, mostramos que mesmo a busca pela implementação destes direitos pode resultar em seu desrespeito, seja de forma consciente e subvertida ou até mesmo inconsciente, o que acontece também no âmbito da jurisdição constitucional, seja pela interpretação de qualquer dos intérpretes nela envolvidos, o que também inclui o juiz constitucional.

Ocorre que, se a jurisdição constitucional ocupa o lugar deixado pelo soberano absoluto e arbitrário, constituindo-se no espaço propício ao desenvolvimento do diálogo constitucional, em que todos os entes públicos e privados são igualmente reconhecidos e ouvidos, deve-se reconhecer que *a própria jurisdição constitucional passa a se identificar com a possibilidade de um espaço político efetivamente democrático, o lugar de instauração e manutenção cuidadosa e explícita, aberta, do diálogo constitucional*. Desta feita, e isto pôde ser percebido em alguns instrumentos do ativismo judicial aqui trazidos à baila, se propõe que este espaço deva ser encarado com o devido cuidado e atenção, devendo se estender para além da decisão judicial do caso concreto.

Não se pode confundir, portanto, a decisão judicial com o “fim” da jurisdição constitucional, entendendo-se a palavra “fim” em sua dubiedade: o que se quer dizer é que, podendo-se conceber que a “essência”, a questão principal da jurisdição constitucional é promover o diálogo constitucional interinstitucional – sendo este o mais novo espaço político democrático consonante com as aspirações e complexidades da sociedade atual –, tal diálogo

deve ser estendido ao máximo, pois configura condição de possibilidade de uma ordem social legítima e concretamente democrática.

Isto não importa, de modo algum, em dilatar inadvertidamente o momento da decisão judicial dentro da jurisdição, mas, ao contrário, tratando-se do compromisso constitucional mais originário, a decisão judicial que reconhece direitos fundamentais não implementados deve ser apenas um ponto de partida privilegiado para o desenvolvimento da jurisdição constitucional. Esta, portanto, não se encerra com a decisão, pois deste modo não alcançaria sua finalidade principal.

Uma vez que se tenha, em sede de jurisdição constitucional, questões de extrema complexidade, que requerem ações combinadas de diversos órgãos e instituições, estatais ou não, a decisão judicial deve indicar os rumos para seu cumprimento, o qual deve se dar como extensão do diálogo constitucional, com a maior participação possível e sob os cuidados e responsabilidade do juiz constitucional²⁸⁷. Toda jurisdição constitucional e, portanto, todo ativismo judicial encontra sua legitimidade mais ao propiciar o diálogo constitucional que no conteúdo da decisão judicial, sempre passível de erro como de revisão.

²⁸⁷ Como se deixou claro, o foco da preocupação não é e nem pode ser o risco de decisões incorretas ou inoportunas por parte do juiz constitucional. Este risco é inerente à própria necessidade de julgamento, a que nenhum juiz ou sistema possam estar isentos. De todo modo, vale argumentar que, em sede de jurisdição constitucional, se encarada e desenvolvido como propomos, devendo proporcionar o diálogo constitucional, estes erros mostram-se “menos onerosos ou prejudiciais, posto que abre o diálogo, instando outros órgãos ou instituições a romperem sua inércia. No mesmo sentido: “Ademais, sendo sua [do juiz constitucional, acrescente] legitimidade haurida, em parte, justamente no grau de implementação que promove no âmbito desses direitos, uma atuação eventualmente desastrosa nessa seara (admitida mesmo pelos defensores de uma atuação substancialista) apenas fará com que a instância legislativa possa atuar positivamente, reforçando os direitos fundamentais e sua própria legitimidade e deslegitimando automaticamente a decisão (‘destrutiva’) da Justiça Constitucional. (...) A imbricação dos diversos ‘órgãos’ constitucionais nesse setor é inegável. E o juiz constitucional terá suas decisões sob constante teste de legitimidade por força da própria atuação (‘concorrencial’) do legislador, que também busca a manutenção constante da legitimação.” (TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70).

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

1. O ativismo judicial é um fenômeno complexo compreendido desde a estruturação e disseminação do constitucionalismo pelo mundo ocidental moderno, por meio do desenvolvimento da jurisdição constitucional.

2. O constitucionalismo, por sua vez, decorre das necessidades modernas em relação à organização da vida política e social. O rompimento com a Idade Média e as formas nesta imperante de justificação e fundamentação do exercício do poder deixam de se mostrar razoáveis e legítimas.

3. A partir da modernidade o ser humano passa a se colocar como condição de possibilidade para o conhecimento do mundo e das coisas à sua volta. Deste modo, passa a se valorizar e não aceitar nenhuma ordem de coisas que lhe seja imposta de forma não racional.

4. As formas estatais até então criadas pelo homem pautavam-se não só por crenças em seres transcendentais, como na submissão do ser humano a estas ordens, o que é radicalmente invertido na modernidade. Ocorre que isto requer uma forma nova de organização político-jurídica da sociedade.

5. Esta nova forma passa a ter como referência máxima o Estado, que assume o centro de todas as relações sociais. Num primeiro momento todo o seu poder deve ficar concentrado nas mãos de uma só pessoa, o soberano. Mas isto logo é questionado pelos indivíduos, mais especificamente, pela classe burguesa, que se viu livre do poderio da Igreja para cair sob o domínio do representante do Estado.

6. Surge, então, como consequência da vitória burguesa, o Estado Liberal, o qual possui como ideologia principal o dever de intervir o mínimo possível na esfera econômica, e também nas esferas sociais como um todo, tendo como principal função apenas garantir a segurança entre os indivíduos.

7. Este modelo de Estado Liberal configura o início do que se concebe por constitucionalismo, que tem como característica precípua a limitação e racionalização do exercício do poder.

8. Ocorre que a liberdade pressuposta e garantida pelo Estado liberal não era geral e irrestrita, mas alcançou apenas a classe burguesa, que desfrutava dela enquanto a classe trabalhadora, que constituía a maioria da população, não gozava das liberdades públicas do mesmo modo.

9. A insatisfação desta grande parcela da população que, apesar da derrocada do poderio da Igreja não conquistou mudanças e melhorias significativas em suas condições de vida foi determinante, não só onde a classe trabalhadora era majoritariamente urbana, mas também onde era praticamente toda rural, para se questionar o sistema implantado.

10. Das revoltas e rebeliões contra o modelo liberal surgiu o Estado social, preocupado em equilibrar as condições de vida muito díspares, distribuindo mais ainda o poder entre os homens. Os direitos mais básicos dos homens, fundamentais, que então estavam totalmente ligados à proteção das liberdades e privilégios de alguns poucos indivíduos, agora ganhavam uma nova dimensão, que alcançava a sociedade desde um prisma **coletivo**.

11. O constitucionalismo ganha em força normativa com o advento das constituições do México, de 1917 e a de Weimar, de 1919. Estas apresentam mais pontos em comum que discrepâncias, mas é possível notar, ainda, uma grande distância entre elas e o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro.

12. Restou consignado que a tradição brasileira não é democrática, sendo certo até mesmo o Estado Liberal, que em outros lugares surgiu para implantar o sistema capitalista, alçando a burguesia à condição de classe mais forte politicamente, em nosso país foi instaurado via governo monárquico, sem romper com seus privilégios e concentração de poder, contraditórios com a própria ideia de liberdade que fundamenta o sistema capitalista.

13. A jurisdição constitucional desenvolve-se a partir da ideia de supremacia da Constituição, em que esta passa a ocupar o lugar mais alto na conformação do ordenamento jurídico e da estruturação da vida política dos países. Se num primeiro momento – ao menos em países da tradição do *civil law* – as constituições eram vistas como meras cartas de organização política, num segundo momento passam a ser reconhecidas como tendo força normativa.

14. A necessidade de se respeitar a Constituição sempre e acima de tudo, sendo a conformidade com ela condição de possibilidade de toda ação que se pretenda correta e democrática, fez com que se desenvolva um espaço privilegiado para garantir este novo paradigma organizacional.

15. O reconhecimento da força normativa da Constituição desdobra-se em duas grandes discussões. A primeira é aquela da diferenciação entre regras e princípios em que estes, grosso modo, são os responsáveis pela integração no ordenamento político-jurídico de uma pauta valorativa que têm a função de promover a garantia e respeito dos direitos humanos fundamentais.

16. Outra grande discussão vai se apresenta no âmbito metodológico, em que teorias procedimentalistas e substancialistas vão se opor no tocante a qual deve ser a forma correta de se interpretar e, conseqüentemente, aplicar a o texto constitucional.

17. Foi demonstrado como que estas posturas não são simplesmente opostas, mas que a discussão em torno do procedimentalismo se mostra atrelada a países em que direitos fundamentais já foram minimamente implementados, fazendo-se necessário refletir, agora, sobre quais os melhores meios para propiciar a participação efetiva dos indivíduos nos debates e questões públicas.

18. O substancialismo, por sua vez, parte do pressuposto de que a constituição apresenta um conteúdo substantivo de valores que devem ser levados a sério e devem conformar toda e qualquer interpretação sua. Tese esta, a nosso ver, mais adequada à realidade brasileira.

19. A partir do diálogo fomentado com vários autores que, de algum modo, discorrem sobre o ativismo judicial, a relação entre o político e o jurídico se impôs como fundamental.

20. Porém, isso não permite realizar avaliações positivas ou negativas sobre o ativismo judicial, de modo que foram afastadas tais classificações. Por outro lado, o presente trabalho ilustrou o grau de complexidade da temática ao salientar que a própria distinção entre as esferas política e jurídica já se dá como uma decisão de cunho eminentemente político, ou pelo menos perpassada pelas (pré)compreensões a respeito do que é a política e do que é o jurídico.

21. Referida decisão comporta, por sua vez, (pré)compreensões a respeito do que é o Estado e do que é democracia. Da resposta a essas questões fundamentais é que se pode estabelecer parâmetros e critérios para avaliar, posteriormente, se as decisões em sede de jurisdição constitucional são ativistas ou não, e, além disso, se configura um ativismo legítimo (salutar) ou ilegítimo (invasivo).

22. Assim, acaba-se sempre por (pré)conceber determinada concepção sobre o que é o ativismo judicial, condicionada esta pelas (pré)compreensões acerca daqueles temas e problemáticas que lhe servem de substrato.

23. Conclui-se então que o ativismo judicial é um fenômeno que decorre das sociedades modernas (hipercomplexas), nas quais as esferas política e jurídica se confundem de tal maneira que a própria tentativa de se expressar o que é o ativismo judicial já constitui um problema, antes de tudo, político, ou de percepção política.

24. Logo, ficou evidenciado que é muito mais importante compreender este estado de coisas em que fenômenos complexos se misturam e complementam, constituindo o ativismo judicial apenas um elemento desta equação, no que tange às questões e conflitos sociais que apresentam forte cunho político, e que são gradativamente deslocados para a arena judicial, em sede de jurisdição constitucional.

25. Portanto, a concepção apresentada de ativismo judicial é mais fenomenológica que conceitual ou instrumental, sendo aquela a dimensão mais importante, pois busca trazer a discussão para os problemas concretos.

26. A rigor, o ativismo e a jurisdição constitucional são apenas pano de fundo para a necessidade de implementar os direitos humanos fundamentais. Somente a partir do compromisso primordial neste sentido é que surge o condão da legitimidade, em qualquer sociedade ou ordem jurídica.

27. Referida necessidade constitui um dos alicerces de toda organização político-social hodierna, como é possível verificar nos casos paradigmáticos brevemente analisados, em que direitos fundamentais foram efetivamente implementados através de uma atuação mais proativa do poder judiciário, ou melhor, dos juízes constitucionais.

28. Os vários casos citados não tinham, entretanto, a missão de confirmar o que até então fora exposto. Serviram, por um lado, para melhor explicitar aquilo que era perquirido desde o início do trabalho, que constitui a demanda por posturas proativas por parte do Poder Judiciário, em matéria de implementação de direitos sociais, com o intuito de promover as mudanças almejadas no tecido econômico, político e social.

29. Além dos casos paradigmáticos, valeu-se também da abordagem de alguns instrumentos contemporâneos do ativismo judicial, com a intenção, não de reforçar a concepção proposta de ativismo, mas para que este possa ser colocado à prova ou analisado sob outros enfoques.

30. Caminhando para o final, restou consignado que as condições de vida da sociedade moderna, combinadas com as promessas constitucionais de se promover a dignidade da pessoa humana por meio da implementação de direitos fundamentais, proporcionou uma nova compreensão que o ser humano tem de si mesmo, do seu lugar na vida social.

31. Esta nova compreensão passou a exigir um novo paradigma de organização da vida em comum, donde ser premente o respeito aos direitos humanos fundamentais. Ocorre que seu desrespeito não é fruto apenas de ações deliberativas com esta finalidade: muitas vezes a busca pela efetivação de direitos fundamentais, se não observado o plano estrutural, pode contribuir para a inadimplência e inércia estatais na sua concretização.

32. Esta percepção é fundamental para se perceber que o ativismo judicial é corolário deste fenômeno, e não pode levianamente ser tratado como mera técnica ou postura dos intérpretes constitucionais. Trata-se de um novo paradigma que ainda vem sendo desvelado, mas no qual estamos já inseridos.

33. O critério ou parâmetro para se aferir a legitimidade das ações ativistas, no mundo atual, não pode ser uma ordem de coisas transcendentais, assim como não pode ficar a cargo de qualquer pessoa ou instituição, ou de apenas algumas delas, que se arvorariam no lugar ou função de soberanos.

34. E é nesse terreno que a jurisdição constitucional se desenvolveu justamente para ser o lugar privilegiado em que todas as interpretações e divergências constitucionais devem ser igualmente consideradas e desenvolvidas, sempre de modo justificado e devidamente

fundamentado (com destaque aos instrumentos importados pelo Poder Judiciário brasileiro, como o "estado de coisas inconstitucional", por exemplo, que serve ao delineamento de parâmetros de atuação nessa relação interinstitucional entre os Poderes). O ativismo judicial decorre do fato de a jurisdição constitucional assumir o lugar que antes fora do soberano, qual seja, o de decidir em última instância sobre as questões mais elementares da sociedade.

35. O juiz constitucional assume, nesta conformação política e social, o lugar mais destacado, mas isto não decorre simplesmente do fato dele proferir a última decisão em sede de controle de constitucionalidade. A proeminência do juiz constitucional atrela-se à sua função, que é a de promover o ambiente mais aberto – e, portanto, democrático – possível na busca da implementação de direitos humanos fundamentais, por meio da jurisdição constitucional. Assim, inevitavelmente suas decisões serão ativistas, mas devido ao lugar que ocupa, e não ao seu conteúdo.

36. Há de se reconhecer critérios e parâmetros para criticar as decisões dos juízes constitucionais, posto que estes, enquanto seres humanos, serão sempre passíveis de erros. A correção e o afastamento de novos erros devem ser desenvolvidos pela hermenêutica constitucional.

37. O que não se pode é confundir a decisão judicial com a jurisdição constitucional. Esta representa o caminho propiciado pela Constituição Federal para se desenvolver as discussões mais importantes de uma determinada sociedade, confundindo em si o político e o jurídico. É uma necessidade estrutural do sistema, imposta pelos compromissos constitucionais com a democracia e com a promoção da dignidade da pessoa humana.

38. A principal função do juiz constitucional, portanto, é cuidar pela condução desta esfera, zelar para que se desenvolva de modo democrático, possibilitando aquilo que denominamos de *diálogo constitucional*.

39. Enquanto principal responsável por conduzir o processo de diálogo constitucional, o juiz constitucional corre o risco, a todo instante, de incorrer em erros, mas isto não deslegitima a jurisdição constitucional. Isso não significa que seus erros tenham que ser aceitos ou perdoados, mas somente podem ser democrática e efetivamente criticados e corrigidos, no curso da própria jurisdição constitucional. A essência desta, enquanto

possibilidade de legitimar as ações político-jurídicas, é sempre prezar pelo diálogo constitucional.

40. A decisão judicial coloca pontos finais em determinadas questões, mas isto não pode significar o encerramento da jurisdição constitucional. Se esta não se pauta por nenhuma ordem pressuposta de coisas, mas por buscar soluções de compromisso entre os mais variados atores sociais e suas diferenças, de modo que as respostas obtidas não podem, em hipótese alguma, configurar respostas finais. Isso seria subverter a própria ideia central do constitucionalismo, criando um poder ilimitado de decidir.

41. As decisões judiciais, especialmente em matérias sensíveis apontam para uma nova forma de conceber a relação entre os Poderes e destes com a sociedade. Abre-se, portanto, a possibilidade de se pautar caminhos e estabelecer sentidos que permitam a continuidade do diálogo constitucional, no âmbito do qual estas respostas podem sempre ser revistas, sem prejuízo de novas respostas pelo Poder Judiciário que poderão se fazer necessárias.

42. Enfim, conclui-se que a finalidade de implementação de direitos fundamentais coloca a jurisdição constitucional como a principal via política atualmente, no âmbito da qual o ativismo constitui-se como a própria condição da atuação do juiz constitucional. O ativismo judicial, portanto, nunca poderá ter uma forma fechada e acabada, e para que viabilize uma sociedade democrática, sua compreensão impõe a distinção entre decisão constitucional e jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais – IBDC, 57:100- 8, out./dez. 2006.
- ASPERTI, M. C. A. Why the haves come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the Brazilian litigation setting. SSRN Electronic Journals: **The English & Commonwealth Law Abstracts Journal**, v. 1, 2016.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição e processo: a decisão em sede de controle de constitucionalidade vista a partir da constitucionalização do processo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 7, v. 1, p. 115, jan./jun. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**: (www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf), Acesso em 04.11.2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no liminar de um novo milênio**, São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAXI, Upendra. O Estado de Direito na Índia. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 4, n. 6, p. 9, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese (Livre-Docência) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 42, abr./jun. 1999.

_____. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

_____. **Ciência Política**, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoría general del derecho**. Trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid: Debate, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BUCCHIANERI PINHEIRO, Maria Cláudia. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da república alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. Brasília a. 43. 169 jan./mar. 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. (<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisasinconstitucional>). Acesso em 17.08.2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). O Estado de Direito. História, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CASELLA, P. B. et al. (orgs.), Direito internacional, humanismo e globalidade: G. F. S. SOARES Amicorum discipulorum liber (São Paulo: Atlas, 2008)

- CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radical. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, José Augusto Fontoura. **Aplicação uniforme do direito uniforme**. Tese (Universidade de São Paulo - Faculdade de direito: São Paulo, 1998).
- COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2: 38-68, may.-aug., 2016.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DI LORENZO, Wambert. O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 23, p. 335-357, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GABBAY, Daniela Monteiro ; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, M. C. A. **Why the haves come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the Brazilian litigation setting**. SSRN Electronic Journals: The English & Commonwealth Law Abstracts Journal, v. 1, 2016.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCÍA, Pedro de Vega. Prologo. In: SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución** - estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Madrid: Tecnos, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Tribunal Constitucional e Supremacia da Constituição, **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 83, p. 5-8, jul./set. 1987.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6 ed. São Paulo: SRS, 2009.

_____. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5ª ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 1995

HERREIRA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20 ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The common law**. Boston: Little Brown, and Co., 1881, p. XXIV.

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

_____. La garantía jurisdiccional de la constitución: la justicia constitucional. In: **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. (Colección universitaria) Madrid: Debate, 1998.

_____. Il problema della sovranità e la teoria del diritto Internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto. Trad. Agostinho Carrino. Milano: Giuffrè Editore, 1989.

_____. **Quem deve ser o guardião da Constituição?, 1931.**

_____. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Traducción y notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Teoria pura do direito.** 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHANNA, Kishan K. **Judicial Systems of the Third World - The Case of India,** Bloomington, IN, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution:** selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: Editora FGV, v. 251, p. 78, 2009.

MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). **História do direito** - coleção direito vivo. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Textos históricos de direito constitucional.** 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst – Academia Brasileira de Direito Constitucional,** p. 301-302. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Decisão judicial e o conceito de princípio:** a hermenêutica filosófica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAIXÃO, Cristiano. O controle de constitucionalidade das normas tributárias. **Revista Direito em Debate,** Ijuí-RS, n. 6, p. 95, jul./dez. 1995.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Compromisso significativo**. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. Saraiva, 2010.

RICHARD, Lionel. **A República de Weimar (1919- 1933)**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

ROUX, Wessel le. Chapter 7 - Descriptive overview of the South African Constitution and Constitutional Court. in VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. _____. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SEPÚLVEDA, Magdalena e GARAVITO, César Rodríguez. Colombia: la Corte Constitucional y su contribución a la justicia social, in **Teoría u jurisprudencia de los derechos sociales - Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado**. Editor Malcolm Langfor. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad de Oslo, 2013.

SHANKAR, Shylashri, Chapter 6 - Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India, VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013, p. 133-134
SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003).

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. Ijuí: Unijuí, 2008.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. O caso da ADPF 132: defender o texto da Constituição é uma atividade positivista ou originalista? **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, p. 280-304, v. 1. n. 1, janeiro-junho de 2014.

_____. Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 1(1): 65-77, janeiro-junho 2009.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV São Paulo**, p. 441-464, jul.-dez. de 2008.

_____.; BAXI, Upendra; e VILJOEN, Frans. Chapter 28 - Some concluding thoughts on and ideal, machinery and method, VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (Orgs.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**, Pretoria University Law Press (PULP), South Africa, 2013.

WOLF, Christofer. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretativo to judge made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994.